كتاب
السيل الجرار
المتدفق على
حدائق الأزهار

لشيخ الاسلام
محمد بن علي الشوكاني
١١٧٣ - ١٢٥٠ هـ

الجزء الثالث

تحقيق
محمود ابراهيم زايد

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى الكاملة بأجزائها الأربعة
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

إياك نعبد وإياك نستعين يا مالك يوم الدين

كتاب البيع

فصل

شروطه[١] إيجابُ مكلَّف أو مُمَيِّز[٢] مختار مُطلق التَّصرُّف مالك ، أو مُتَولٍّ[٣] بلفظ تَمْليك[٤] حسب العُرْف وقَبُول غَيْره مثله مُتَطَابِقيْن مُضَافَيْن إلى النَّفْس أو ما في حُكمهما ، غير مُؤَقّت ولا مُسْتَقْبَل أَيّهما[٥] ولا مُقيَّد بما يُفْسِدُهما ، ولا تَخَلَّلَهُما في المجلس إِضْراب أَوْ رُجُوع في مالَيْن[٦] مَعْلومين يَصِحّ تَملّكهما في الحال وبيع أحدهما بالآخر والمبيع مَوْجود في المِلْك جائِز البيع ، ويكفِي في المُحَقَّر ما اعتادَه الناس .

قوله « فصل : شروطه إيجاب مكلف أو مميز » .

---

(١) شروط البيع : على ثلاثة أضرب : ضرب يرجع إلى العاقد ، وضرب يرجع إلى العقد وضرب يرجع إلى المال الذي يتناوله العقد . أما الذي يرجع إلى العاقد فهي الشروط الأربعة الأولى التي ذكرها صاحب الأزهار . مختصر شرح الأزهار ٣/٣ .

(٢) يحترز من الصبي والمجنون والسكران الذي لا يميز ـ أما المراهق الذي له تمييز فإنه كالبالغ في صحة بيعه وشرائه عند الزيدية . المصدر السابق .

(٣) المتولي كالوصي والولي والوكيل والحاكم . المصدر السابق .

(٤) هذه وما بعدها هي الشروط المتعلقة بالعقد وهي سبعة : أولها أن يكون البيع بلفظ تمليك . المصدر السابق .

(٥) ضربوا لذلك مثلاً بأن يقول : بعت منك هذا شهراً أو سنة وقال الثاني : إشتريت لم يصح وكذلك لو كان أحدهما مستقبلاً نحو تبيع مني هذا بكذا فقال نعم ومن المستقبل الأمر عندهم . المصدر السابق ٣/٤ .

(٦) هذه وما بعدها الشروط المتعلقة بالمال وهي خمسة ، أولها أن يكون البيع والشراء في مالين معلومين . المصدر السابق ٣/٧ .

أقول : أعلم أن البيع الذي أحلَّه الله سبحانه ، وجعله مُقْتضياً لانتقال الأملاك من مالك إلى مالك لا يُعتبر فيه إلا مجرد التَّراضي ، وطِيبَةِ[1] النفس بأي لفظ وقع ، وعلى أي صفة كان ، ولو بمجرد إشارة أو كتابة ، فإذا حصل هذا المناط ، وتفرّق البائع والمشتري من المجلس راضِيَيْن بالبيع طيبة به نَفْساهما[2] ، فقد انتقل ذلك المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري إذا كان المبيع مما أحَلّ الشّرع بيعه ، وجوَّز التعامل فيه .

وأما اعتبار كون المالك مكلّفاً[3] فأمر لا بد منه لأن نفوذ التصرفات موقوف على بلوغ المتصرِّف إلى سن التكليف ، وهي أول مظنات الرشد ، وأما من دون التكليف فقد عرفتَ أن الله سبحانه أمر الوليّ بأن يُمِل[4] عنه وجعل تصرفاته إليه ، وإذا أَذِن له بالتصرّف كان المعتبر هو هذا الإذنَ الصّادر من الوليّ ، لا مجرد تصرف غير المكلف ، ولعله إن شاء الله تعالى يأتي في باب المأذون زيادةُ تحقيق للمقام .

وأما اشتراط أن يكون مختاراً : فأمر لا بد منه لأن المناط هو التَّراضي وَطِيبة النفس كما سلف ، والمكره لا رضا منه ولا طيبة نفس ، وأما اشتراط كون البائع مُطلق التصرف : فلأن المحجور محبوس عن التصرف ، فهو كالمحكوم عليه بعدم التصرف في المال الذي تناوله الحَجْر إذا وقع من متأهل للحكم ، وصادف سبباً يقتضي الحجر ، وسيأتي الكلام إن شاء الله على الحجر ، وأما كونه مالكاً أو متولياً عن غيره بولاية شرعية : فأمر لا بد منه فإن من لم يكن مالكاً ولا متولياً كذلك لا حكم لبيعه ، لأن ذلك من أكل أموال الناس بالباطل وقد قال سبحانه[5] « وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ... » .

وأما كونه بلفظ تمليك إلخ : فقد عرّفناك أن المعتبر هو التراضي وطيبة النفس ، فما أشعر بهما ودل عليهما فهو البيع الشرعي ، وهكذا القول المعتبر فيه ذلك فقط ، فما

(١) يشير المصنف إلى الحديث الوارد « لا يحل مال امريء مسلم إلا بطيبة من نفسه » ص ٣٣ .
(٢) في الأصل المخطوط : « طيبة به أنفاسهما » .
(٣) في الأصل المخطوط : « مكلف » .
(٤) يرجع إلى الآية الكريمة ٢٨٢ من سورة البقرة .
(٥) جزء من الآية الكريمة ١٨٨ من سورة البقرة .

أشعر به فهو الشراء الشرعي ، فلو قال البائع : بعت هذا منك بكذا ، فأخذه المشتري ولم يتكلم ، ولا أشار ، وتفرقا من المجلس كان ذلك بيعاً شرعياً موجباً لانتقال المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري ، وهكذا لو قال المشتري : اشتريت منك هذا بكذا فسلمه البائع إليه ولم يصدر منه لفظ ولا إشارة ، وتفرقا من المجلس كان ذلك كافياً [1] فيما ذكره من التطابق وما بعده ، إنما هو مراعاة لجانب الألفاظ ولا اعتبار لذلك .

وأما قوله غير مؤقت فصحيح لأن اللفظ الدال على التوقيت قد أشعر بخلاف موجب البيع وهو مصير المبيع إلى ملك المشتري من غير تقييد ، وأما قوله ولا مُستقبَل أيهما : فيقال إذا أشعر لفظ الاستقبال بالرضا وطِيبَة النفس بانتقال الملك في الحال فلا يضر كونه مستقبلاً ، ولا يقدح في الصحة بل لا مانع شرعاً ولا عقلاً بأن يكون مرادهما ما دل عليه لفظ الاستقبال ، فيكون البيع ناجزاً ثابتاً عند حصول أول وقتٍ من أوقات المستقبل ، وهو اللحظة المتعقبة لما تكلما به فيكون بيعاً صحيحاً وتجارة عن تراض ، وأي مانع من هذا ، بل لو قال بعت منك هذا بعد سنة كان بيعاً شرعياً إذا حصل التراضي وطِيبة النفس ، ويخرج من ملك البائع إلى ملك المشتري بعد مضي السنة ، وأما قوله غير مقيد بما يفسدهما : وإن كان ذلك المفسد هو مدلول اللفظ مع تحقق الرضى وطيبة النفس فلا حكم له وإن كان باعتبار شرط من الشروط فسيأتي الكلام عليه في باب الشروط المقارنة للعقد .

قوله « ولا تخللهما في المجلس إضراب ولا رجوع » .

أقول : وجهه أن الإضراب قد دل على عدم الرضى وطيب النفس ، وكذلك الرجوع ، واعتبار المجلس قد ورد به الشرع كما سيأتي في الحديث الصحيح[2] « البَيِّعَانِ بالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا » وأما اعتبار أن يكون في مالين معلومين فغير مُسلَّم ، فإنه إذا حصل الرضى وطِيبَةِ النفس ببيع المجهول تفصيلاً المعلوم جملة كان البيع صحيحاً إذا لم يكن فيه نوع

---

(١) في الأصل المخطوط : « مما ذكره من التطابق » .

(٢) الحديث له طرق : أحدها عن حكيم بن حزام أن النبي ﷺ قال : « البيعان بالخيار ما لم يفترقا ، أو قال : حتى يفترقا . فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما » متفق عليه » . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٢٠٨/٥ .

من أنواع الغرر التي ورد النهي عن البيع مع وجودها كما سيأتي ، وأما اعتبار كونهما مما يصح تملكه في الحال فظاهر لأن الشيء الذي لا يثبت عليه الملك لا يصح بيعه إذ[1] المانع الشرعي من تملكه مانع من بيعه لأن البيع مترتب على ثبوت الملك وأثر من آثاره ، وهكذا الكلام إذا كان الثمن لذلك المبيع لا يصح تملكه وسيأتي للمصنف التصريح بأن بيع كل ذي نفع حلال جائز .

وأما قوله وبيع أحدهما بالآخر فوجهه إخراج بيع الرِّبا وما فيه مَظِنّة له ، وسيأتي الكلام عليه في بابه وأما قوله « والمبيع موجود في الملك » فوجهه ما سيأتي من النهي عن أن يبيع البائع ما ليس عنده ، وأما قوله جائز البيع فصحيح لأن ما لا يجوز بيعه يَمْنع الشرع عنه لا يجوز الدخول فيه ، وليس هذا تكريراً لما سبق من قوله « يصح تملكهما » فقد يرد النهي عن بيع شيء مع الإذن بتملكه في بيع الربا ، فإن كل واحد من المبيع والثمن يجوز لكل واحد من البائع والمشتري تملكه مع ورود النهي عن بيع أحدهما بالآخر ، وهكذا بيع الرطب بالتمر ، وأمثال ذلك كثير ، وليس فيه أيضاً تكرير لقوله « وبيع أحدهما بالآخر » فإن التفريق بين ذوي الأرحام المحارم بالبيع غير جائز مع كونه يصح بيعهم من غير تفريق بما يقع التراضي عليه من الثمن ، وهكذا لا يجوز بيع ما اشتمل على نوع من أنواع الغَرَر مع كونه يصح بيعه مع عدم اشتماله على ذلك

قوله « ويكفي في المحقَّر ما اعتاده الناس » .

أقول : المناط ما قدمنا لك من التراضي وطِيبة النّفس في الحقير والكثير ، فإذا حصل ذلك صح به كل بيع وإن لم يوجد ذلك فلا ، وقد قدمنا لك أن تلك الشروط التي ذكرها المصنف لا دليل على غالبها ، ولكنه لما جعلها شروطاً ووجد الناس في المحقرات يكتفون بمجرد التراضي وإن لم تحصل تلك الشروط جعل هذه العادة مخصِّصة لما زعم أنها شروط شرعية وقد ذكر المتكلمون في الفقه[2] أن المراد بهذا المحقر هو ما جرت عادة

---

(١) كانت في المخطوطة : « إذا » فعدلت بما يناسب السياق .

(٢) يشير الشوكاني بقوله « الذين يتكلمون في الفقه » إلى الذين تعرضوا للتصنيف في هذا العلم من غير المجتهدين ممن ليسوا بفقهاء =

الناس أنهم لا يعقدون عليه لحقارته لا لِلتّساهل فيه ، فخصصوا العادة ببعض ما يقع من أهلها فكان ذلك ظلمات بعضها فوق بعض .

فصل

وَيَصِحَّان من الأَعْمى ومن المُصْمت[1] والأَخرس بالإِشَارة ، وكل عَقْد إلا الأَربعة[2] ومن مُضْطرّ ولو غُبِن فاحِشاً إلا لِلْجُوع[3] ، ومن المُصَادَرِ[4] ولو بِتَافِهٍ ، ومن غير المأذون وَكِيلاً ولا عُهْدة عليه ، وبالكِتَابة ولا يتولَّى الطَّرفَيْن واحدٌ أَوْفى حُكْمه[5] .

فصل

(ويصحان من الأعمى) أقول : الأصل صِحّة تصرف كل مكلف عاقل ، والأعمى والمُصْمت والأخرس من جملتهم ، والإِشعار بالرضى وطِيبة النفس اللذين هما المناط لصحة البيع ، وسائر التصرفات الشرعية ممكن منهم ، أما الأعمى فظاهر ، وأما المُصْمت والأخرس فبالإِشارة التي يصحّ بها مُراده ، ومن أدَّعى أن ثَمّ مانعاً في أحدهم فعليه بيان ذلك المانع ، واعتبار اللفظ عند معتبريه مخصوص بمن يمكنه النطق فيصح منهم كل عقد ، وكل إنشاء كائناً ما كان .

ـ لأن الفقيه إذا أطلق في الاصطلاح انصرف إلى المجتهد ، ولما كان كلام هؤلاء الدارسين لم يبلغ درجة الاعتماد عقب الشوكاني على ذلك بقوله « فكان ذلك ظلمات بعضهافوق بعض » .

(١) المصمت هو الذي اعتقل لسانه عن الكلام لمرض أو غيره بعد أن كان يتكلم . مختصر شرح الأزهار ٣/٩ .

(٢) المراد بالأربعة : الشهادة ، والإقرار بالزنا والقذف ، والإيلاء ، واللعان ، فإن هذه الأربعة لا تصح إلا من متكلم . المصدر السابق ٣/١٠ .

(٣) يصح البيع والشراء من المضطر ولو غبن غبناً فاحشاً إلا أن يكون الاضطرار للجوع أو العطش بحيث يخشى الهلاك . المصدر السابق .

(٤) يصح البيع والشراء من المصادر ولو باع بشيء تافه . والمصادر هو من أكره على تسليم مال ظلماً . المصدر السابق .

(٥) مثلوا للواحد الذي يتولى طرفي العقد بالأب يشتري مال ابنه من نفسه لنفسه ، والذي في حكم الواحد ان يؤكل الأب من يبيع منه مال ابنه . المصدر السابق ٣/١١ .

وأما استثناء الأربعة التي أشار إليها المصنف وهي الشهادة والإقرار بالزنا والقذف ويمين الإيلاء واللعان فهو عائد إلى المُصْمَت والأخرس ، ولهذا أعاد لفظ « مِنْ » لأن الشهادة من الأعمى صحيحة إلا فيما لا تتم الشهادة فيه إلا بالرؤية كما سيأتي للمصنف،فإن شهادته على ما لا يفتقر إلى الرؤية صحيحة مقبولة ، وكذلك سائر الأربعة تصح منهم الشهادة .. وأما المصمت والأخرس فلا تصح منهما الشهادة إلا إذا كانت الإشارة تقوم مقام النطق لوضوحها ، وأما الإقرار بالزنا وإنشاء القذف فهما وإن كان المراد منهما يفهم بالإشارة لكن لما كان الحَدّ يسقط بالشبهة كان عدم قُدرته على النطق الصريح شُبهة له لا سيما في الإقرار بالزنا عند من يشترط أن يكون الإقرار أربع مرات ، ولا تصح منهما اليمين لأنها لا تكون إلا باللفظ ، ولا وجه لتخصيص اللعان والإيلاء بل جميع الإيمان كذلك .

قوله « ومن مضطر إلخ » .

أقول : هذا رد[1] لما ثبت من النهي عن بيع المضطر ، ولا فرق بين أنواع الإضطرار بل كل مضطر لا يحل لمسلم أن يغتنم اضطراره إلى البيع فيشتريه منه بدون قيمته ، بل هو بالخيار إما أوفاه قيمته المتعارفة زماناً ومكاناً ، أو ترك شراءهُ ، ومن كان مضطراً لسد فاقته أو لما يخشاه من نزول الضرر به من المُصادِر له فهو مضطر مشمول بالنهي .

قوله « ويصح من غير المأذون وكيلاً ولا عهدة عليه » .

أقول : لا وجه لهذه الصحة ولا يترتب عليها أثر من آثار البيع بل الاعتبار بحصول الرضى من المالك ، فإن رضي بالبيع كان مجرد هذا الرضى هو البيع الذي أحله الله سبحانه بقوله[2] « تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ » وإن لم يقع الرضى فلا حكم لبيع الفضولي ، وإن كان فيه مصلحة للبائع ، وأما إذا كان وكيلاً فبيع الوكيل صحيح إذا باع بما يَرضى به البائع لأن وقوع التوكيل قد حصل به المناط الشرعي مع المطابقة كما سيأتي في كتاب الوكالة إن

---

(١) المقصود : مصادم .

(٢) الآية : يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً . الآية ٢٩ من سورة النساء .

شاء الله .. وأما ما ذكره من صحة البيع بالكتابة فصحيح لأنها من جملة المشعرات بالرضى ، وطيب النفس كما قدمنا ، وهكذا الإشارة من القادر على النطق .

وأما قوله « ولا يتولى الطرفين واحد أوفي حكمه » فمبنى على ما قدمه من اشتراط الإيجاب والقبول وقد عرفناك أن المناط هو الرضى ، فيصح أن يتولى ذلك واحد وقد ثَبت[1] عنه ﷺ أنه تولى عقد النكاح للزوجين كما قدمنا تحقيقه والحاصل أَنّ الأصل عدم المانع فمن إدعى وجوده فعليه البيان .

فصل

ويُلحَقُ بالعَقْد الزِّيادَةُ والنَّقْصُ المَعْلُومان في المبيع ، والثمن ، والخِيَار ، والأَجَل مطلقاً [2] ، لا الزِّيادةُ في حق الشفيع [3] ، وأول مطلق الأجل وقت القبض .

قوله « فصل ويُلحق بالعقد الزيادةُ والنقص الخ) .

أقول : هذا صحيح إذا حصل في هذه الزيادة والنقص المناط المعتبر وهو الرضى ، ولا وجه لذكر هذا فإن الزيادة اللاحقة هي تجارة عن تراضٍ ، ولكنهم لما جَمدُوا على اعتبار الألفاظ المقيدة بتلك القيود ، وجعلوها عقوداً احتاجوا إلى ذكر مثل هذا مع أن مثل هذا يُنْقض عليهم بتلك الشروط والإعتبارات لأنه يقال لهم : هذه الزيادة إن كانت مالاً فلا بد فيها مما اشترطتموه في المزيد ، لأن كل واحد منهما يصدق عليه اسم المال ، فما وجه ذكرها ههنا ، وهكذا النقص لأنه في حكم الزيادة لمن وقع له ، وإن لم يكن مالاً

---

(١) يرجع في ذلك إلى حديث عقبة بن عامر عند أبي داود ولفظه : « أن النبي ﷺ قال لرجل : أترضى أن أزوجك فلانة ؟ قال : نعم . وقال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلاناً ؟ قالت نعم . فزوج أحدهما صاحبه » . إلى آخر الحديث ، وقد مر ذكره في الجزء الثاني ص ٢٦٢ . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٦/١٥٠ .

(٢) قوله : مطلقاً .. أي سواء حصلت الزيادة قبل قبضه المبيع أم بعده ولا تفتقر الزيادة إلى قبول ، بل يكفي في قبولها عدم الرد ، وإلا لم تكن لاحقة بالعقد الأول ، وافتقرت إلى عقد جديد . مختصر شرح الأزهار ٣/١٢ .

(٣) لا تلحق الزيادة في الثمن في حق الشفيع . أما الزيادة في المبيع فإنها تلحق في حق الشفيع فيأخذ المبيع مع زيادة . المصدر السابق .

عندكم بأن يكون مما لا قيمة له فهو خلاف ما تقولونه ، فإنكم لا تقيدون ذلك بما لا قيمة له ، وإن كانت هذه الزيادة من المحقرات عندكم فلا بد فيها من مثل ما ذكرتم في المحقرات .

وأما قوله « والزيادة في الخيار والأجل » فصحيح لأن مرجع ذلك التراضي ، ولا حَجْر على بائع أو مشتر أن يزيد في الخيار والأجل ، كما أنه لا حَجْر عليه في إبطالهما وليس للتنصيص على مثل هذه الأمور كثير فائدة لأنها معلومة ، وأما قوله « لا للزيادة في حق الشفيع » فوجهه أنها تستلزم لحوق غرم على الشفيع ، فإذا قال المشتري للبائع قد زدتك في ثمن المبيع كذا صح ذلك وملكه البائع ، ولا يلزم الشفيع من ذلك شيء ، وأما قوله « وأول مطلق الأجل وقت القبض » للمبيع فلا وجه له بل الاعتبار بالعقد الذي هو التراضي ، وإن تأخر القبض والتأجيل وقع عنده فالاعتبار بوقته لا بوقت القبض ، وأما كونه يتلف من مال البائع قبل القبض فبحث آخر سيأتي الكلام عليه .

فصل

والمَبيع يتعيَّن فلا يَصِح مَعْدُوماً إلا في السَّلَم ، أَوْ في ذِمَّة مُشتريه[1] ، ولا يتصَرَّف فيه قَبْل القَبْض ، ويبطل البَيْع بتلفه واستِحْقاقه[2] ويُفْسخ مَعِيبه[3] ، ولا يُبَدل ، والثمن عكسه في ذلك غالباً[4] والقيمي والمُسلم فيه مبيع أبداً ، وكذلك المثلي غير النقدين إن عين أو قُوبل بالنقد وإلا فثمن أبداً كالنقدين .

قوله « فصل والمبيع يتعيَّن فلا يصح معدوماً » .

---

(١) هذا الفصل معقود لبيان ، أحكام المبيع والثمن والفرق بينهما . ويتضح منه أن المبيع يجب تسليمه بعينه ... فلا يصح أن يكون معدوداً إلا في حالتي السلم ، أو أن يكون المبيع لازماً في ذمة مشتريه . المصدر السابق ٣/١٣ .

(٢) الحكم الثاني أنه لا يتصرف فيه ببيع أو هبة أو إجارة قبل القبض . والحكم الثالث أنه يبطل البيع بتلفه . والرابع أنه يبطل البيع باستحقاقه . المصدر السابق ٣/١٤ .

(٣) الحكم الخامس أنه تفسخ إذا انكشف أن فيه عيباً . المصدر السابق .

(٤) احترز بقوله « غالباً » من ثمن الصرف وثمن السلم فإن له من أحكام المبيع أنه لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه .

أقول : هذا وإن كان تكريراً لقوله « والمبيع موجود في الملك » ولكنه أراد هنا أن يتوصل بذكره إلى ذكر ما لا يشترط فيه الوجود ، وأعلم أن الشارع قد نهى عن بيع المعدوم على العموم ، فقال[1] لحَكِيم بن حزام لما قال له يا رسول الله « يَأْتِينِي الرَّجُلُ فيسْأَلنِي عن البَيْع لَيْسَ عِنْدِي [ما] أَبِيعه منه ثمّ أَبْتَاعه مِن السُّوق ؟ فقال له ﷺ : « لا تَبِعَ مَا لَيْسَ عِنْدك » أخرجه أحمد وأهل السنن ، وقال الترمذي : حسن صحيح ، وأخرجه ابن حبّان في صحيحه . قال الترمذي : وقد رُوِي من غَير وَجْه عن حَكِيم ، وقد وقع منه ﷺ النهي عن صُور مِنْ صُوَرِ[2] [البيع] والعِلة فيها كونه معدوماً ، وسيأتي بيان كل منها في موضعه اللائق به، وأما قوله « إلا السلم » فسيأتي دليله الخاص به وهو وإن كان نوعاً من أنواع البيع فإن ما ورد في صحته على الصِّفة المذكورة فيما سيأتي يكون مخصِّصاً لعموم النهي عن بيع ما ليس بموجود .

قوله « أو في ذمة مشتريه » .

أقول : هذا الذي في ذمة المشتري هو غير موجود عند البائع فهو داخل تحت النهي عن بيع المعدوم فإن كان إخراجه من عموم الدليل بدليل فما هو ، فإنه لا دليل ها هنا من كتاب ولا سنة ولا قياس وهذا على تقدير حضور الثمن ، أما إذا كان غير حاضر فهو مندرج أيضاً تحت نهي آخر وهو ما أخرجه[3] الدارقطني والحاكم وصححه على شرط مسلم

---

(١) المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/١٧٥ .

(٢) زيادة لإيضاح العبارة ، ويرجع إلى أحاديث الباب في المنتقى ٥/١٧٤ .

(٣) جاء في نيل الأوطار نقلاً عن أحمد ـ قوله في موسى بن عبيدة : لا تحل الرواية عنه عندي ولا أعرف هذا الحديث من غيره ... وقوله أيضاً : « ليس في هذا أيضاً حديث يصح ولكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين » كما نقل قول الشافعي : « أهل الحديث يُوَهِنُونَ هذا الحديث » .

أما حديث رافع بن خديج فقد ذكر أن في إسناده موسى المذكور ، فلا يصلح شاهداً ثم استكمل شرح لفظة « الكاليء » مهموزاً فقال : إنه بيع النسيئة بالنسيئة نقلاً عن الحاكم عن أبي الوليد حسان ، وعن أبي عبيد في الغريب والدارقطني من أهل اللغة أو هو بيع الدين بالدين كما رواه البيهقي عن نافع .

وجاء في القاموس ـ الكاليء والكلأة بالضم ـ النسيئة والعربون ـ وفي المصباح : كلأ الدين يكلأ مهموز بفتحتين كلوءاً تأخر فهو كاليء بالهمزة ويجوز تخفيفه فيصير مثل القاضي ... وقال الأصمعي : هو مثل القاضي ولا يجوز همزه ... وقد أورد صاحب المصباح منه الحديث « ونهى عن بيع الكاليء بالكاليء » وفسره بقوله : أن النسيئة بالنسيئة ـ قال أبو عبيد صورته أن يسلم الرجل الدراهم في طعام إلى أجل فإذا حل الأجل يقول الذي عليه الطعام : ليس عندي طعام ، ولكن بعني إياه إلى أجل ، فهذه نسيئة انقلبت =

من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَالِيءِ بالكالِيءِ » وهو وإن كان في إسناده موسى بن عُبَيدَة الرَّبَذِي فقد شد من عَضُده ما يُحكى من الإجماع على عدم جواز بَيْع الكالِيء بالكالِيء وقد أخرجه أيضاً الطبراني من حديث رَافع بن خَدِيج .

قوله « ولا يتصرف فيه قبل قبضه » .

أقول : لحديث جابر عند مسلم[1] وغيره قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذَا ابْتَعْتَ طَعَاماً فَلَا تَبِعْه حتَّى تَسْتَوْفِيهِ » وأخرج مسلم[2] نحوه أيضاً من حديث أبي هُريرة وورد النهي على العموم من [غير][3] اقتصار على الطعام فأخرج أحمد[4] عن حَكيم ابن حِزَام قال « قُلْتُ يا رسول الله « إنِّي أَشْتَرِي بُيُوعاً فَمَا يَحِلّ لي مِنْها ومَا يَحْرُمُ عَلَيَّ ؟ قال : إذا اشْتَرَيْتَ شَيْئًا فَلَا تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَهُ وأخرجه أيضاً الطبراني في الكبير وفي إسناده العلاء بن خالد الواسطي[5] وقد وثقه ابن حِبَّان ، وأخرج أبو داود[6] والدارقطني والحاكم وابن حِبَّان وصححاه من حديث زيد بن ثابت أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم « نَهَى أَنْ تُبَاعَ السِّلَعُ حَيْثُ تُبْتَاع حَتَّى يَحُوزَهَا التُّجَّارُ إلَى رِحَالِهِمْ » وفي الصحيحين[7] وغيرهما من حديث ابن عمر قال « كَانُوا يَبْتَاعُون الطَّعَامَ جُزَافاً بِأَعْلَى السُّوق فَنَهاهُم رسولُ الله صلى الله عليه وآله وسلم [أَنْ يَبِيعُوه] حَتّى يَنْقُلوه » وفي الصحيحين[8] أيضاً

= إلى نسيئة . فلو قبض الطعام ثم باعه منه أو من غيره لم يكن كالئاً بكالىء . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/١٧٦ .

القاموس المحيط ـ المصباح المنير .

(١) الحديث رواه أحمد أيضاً ... ويرجع إليه في : المنتقى ٥/١٧٨

(٢) حديث أبي هريرة رواه أحمد أيضاً ولفظه كما في المنتقى : « نهى رسول الله صلى الله عليه وآله أن يشتري الطعام ثم يباع حتى يستوفى » . المنتقى ٥/١٧٨ .

(٣) زيادة استلزمها المعنى ولعلها سقطت سهواً من الناسخ .

(٤) المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/١٧٨ .

(٥) العلاء بن خالد الواسطي : مولى قريش قواه إبن حبان . وكذبه التبوذكي الميزان ٣/٩٨ .

(٦) المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/١٧٨ .

(٧) الحديث رواه الجماعة إلا الترمذي وإبن ماجه . وفي لفظ في الصحيحين « حتى يحولوه » وللجماعة إلا الترمذي « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه » ولأحمد : « من اشترى طعاماً بكيل أو وزن فلا يبعه حتى يقبضه » . ... ولأبي داود والنسائي : نهى أن يبيع أحد طعاماً اشتراه بكيل حتى يستوفيه » . . ... والزيادة التي بين قوسين بعد الرجوع إلى لفظ الحديث في : المنتقى ٥/١٧٨

(٨) الحديث رواه الجماعة إلا الترمذي وفي لفظ في الصحيحين : « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله » . المنتقى ٥/١٧٨ .

من حديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلَايَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ » قال ابن عباس : ولا أَحْسِبُ كل شيء إلا مثله ، وهذا الحسبان من ابن عباس قد دل عليه حديث حكيم بن حزام وزَيْد بن ثابت الذي ذكرناه .

فالحاصل أن بيع الشيء قبل قبضه منهى عنه وليس في الأحاديث إلا النهي عن البيع فلا يلحق به سائر التصرفات ، فلا وجه لقول المصنف « ولا يتصرف فيه قبل قبضه » فإن قيل إنها مقاسة عليه فهو قياس مردود بوجود الفارق . وأما قوله « ويبطل المبيع بتلفه » فظاهر لأنه إذا تلف لم يبق ما هو متعلق به وشرط له أو ركن ، وهكذا استحقاقه لأنه انكشف أنه ملك لغير بائعه فلا نفوذ لما وقع منه ، وأما كونه يُفْسخ بالعيب فلما سيأتي في العيوب ، وأما كونه لا يبدل فلأن التراضي وقع عليه لا على غيره وذلك بيع آخر ، وإنما ذكر هذه الأمور ليبين أن الثمن لا يكون كذلك فالفصل معقود للفرق بين الثمن والمبيع .

قوله « والثمن عكسه في ذلك » .

أقول وجهه أنه لم يرد فيه ما ورد من الأدلة في البيع من النهي عن أن يكون معدوماً وأن يباع قبل قبضه ، وإذا بطل الثمن فالمبيع باق ، وهو الذي اعتبروا فيه ما اعتبروا وقِيَم [1] النقود متساوية فإذا عُدم شيء منها فمثله موجود بخلاف المبيع فان الغرض يتعلق بما وقع التراضي عليه ، وليست الأعيان المتفقة في الجنس والنوع متساوية كتساوي النقود ، بل مختلفة غاية التخالف ، والأعراض مختلفة فقد يكون قيمة هذه العين مثل عُشْر قيمة غيرها مع كون الجنس واحداً والنوع واحداً ، ثم إن التراضي حال البيع على ثمن هو كذا من الدراهم أو الدنانير ، وليس المقصود للبائع إلا دفع ذلك العدد من ذلك النقد المتعامل به في البلد ، ولا يتعلق له عرض بغيره ، ولا بهذا منه دون هذا مع الاتحاد وعدم التفاوت ويؤيد هذا ما أخرجه أحمد [2] وأهل السنن وابن حبان والحاكم وصححه والبيْهقي

---

(١) كانت في الأصل وأقدام .

(٢) في لفظ لبعض أهل السنة : « أبيع بالدنانير وآخذ مكانها الورق . وأبيع بالورق وآخذ مكانها الدنانير » ... وعقب على ذلك صاحب المنتقى بقوله : وفيه دليل على جواز التصرف في الثمن قبل قبضه وإن كان في مدة الخيار وعلى أن خيار الشرط لا يدخل الصرف . » المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/١٧٦ .

من حديث ابن عمر قال « أَتَيْتُ النبيَّ صلى الله عليه وسلم فقلتُ : إني أَبيع الإبل بالبَقِيع فأَبيع بالدَّنَانير وآخذ الدَّرَاهم وأَبيع بالدَّراهم وآخذُ الدَّنانير ؟ فقال : لا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَ بِسِعْرِ يَوْمِهَا مَا لَمْ تَفْتَرِقَا وَبَيْنَكُما شَيْءٌ » وهو صريح في جوز البيع بأحد النقدين وأخذ الآخر عوضاً عنه وجواز التصرف بالثمن المسمى قبل قبضه .

قوله : « والقيمي والمسلم فيه مبيع أبداً) .

أقول : اعلم أنه لا مستند لهذا إلا مجرد الرأي الراجع إلى اصطلاح حادث ، وعادات جارية والشرع أوسع من هذا ، وهكذا لغة العرب فإذا قال أحد المتبايعين للآخر : بع مني هذه العين بهذه العين ، فباعها وتراضيا على ذلك كان هذا بيعاً شرعياً ولغوياً ، سواء كانا قيميين في اصطلاح أهل الفروع ، أو مثليين أو أحدهما قيمياً والآخر مثلياً إذا لم يكونا مما يحرم بيع أحدهما بالآخر مطلقاً أو مشروطاً بالتساوي والمقايضة . وقد رتبوا على هذا الاصطلاح أن المثلي لا يُضمن إلا بمثله ، والقيمي لا يضمن إلا بقيمته ، وهو رأي بحت لم يقم به دليل ومنقوض أيضاً بما ثبت في حديث[1] المُصَرَّاة الصَّحيح المتفق عليه من قوله صلى الله عليه وسلم « رُدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ » فها هنا قد ضمن المِثْلي وهو اللبن بغير مثله ، ومنقوض أيضاً بما ثبت[2] « أن بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أَهْدَتْ له وهو عِنْد عائشة صَحْفَةً فيها طَعَام فكَسَرتْها عائشةُ فردّ النبي صلى الله عليه وسلم لِلمُهْدية صَحْفة عائشة » فها هنا قد ضمن القيمي بمثله لا بقيمته .

(١) حديث المصراة له عدة طرق منها الحديث المتفق عليه عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك بخير النظرين بعد أن يحلبها . إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعا من تمر » .

وقد نقل المصنف في نيل الأوطار عن الشافعي تفسيره للتصرية بأنها ربط أخلاف الشاة أو الناقة وترك حلبها حتى يجتمع لبنها فيكثر فيظن المشتري أن ذلك عادتها . فيزيد في ثمنها لما يرى من كثرة لبنها

كما استوفى المادة اللغوية في ذلك . وأنها مأخوذة من صريت اللبن في الضرع إذا جمعته أو هي من صررت في قول . وللباحث أن يستقصي ما نقله في ذلك هنالك . المنتقى ٥/٢٤١ .

(٢) يرجع إلى الحديث وطرقه وألفاظه في : المنتقى ٥/٣٦٢ .

فصل

ويجوزُ معاملَةُ الظَّالم بيعاً وشِراءً في ما لم يُظَنَّ تَحْريمه[1] ، والعبدُ أو المميِّز فيما لم يُظن حَجْرُهما ، وهو بالخَطَر[2] ، ووليّ مال الصَّغير إن فعلَ لمصلحة[3] ، وهو أبوه ، ثم وصيه ، ثم جده ، ثم الإمام والحاكم ، ومنصوبهما ، والقولُ له في مصلحة الشراء وبَيْعِ سَريعِ الفَسَاد والمنْقُول ، وفي الإنفاق والتَّسليم[4] ، لا الشِّراء مِنْ وارث مُسْتَغْرَقٍ باع لَا لِلْقَضَاءِ ، وينفذ بالإيفاء أو[5] الإبراء ، وبيعُ كل ذِي نَفْع حلالٌ جائز ولو إلى مُسْتعمِله في مَعْصِيةٍ غالباً[6] ، أو واجب كالمصحف ، ومِنْ ذِي اليَدِ ولا يكون قَبْضاً إلا في المضمون غالباً[7] ، ومؤجر ولا تنفسخ إلا أن يباع لعذر ، أو من المستأجر أو بإجازته والأجرة للمشْتَرِي مِن الْعَقْد ، ومجهول العين مُخَيَّراً فيه مدةً معلومة[8] ، وميراثٌ عُلِم جِنْساً ونَصِيباً ، ونصيبٌ من زرع قد استُحْصِد وإلا فمن الشَّريك فقط ، قيل وكَامِنٌ يدلّ فرعه عليه[9] ومُلصق كالفَصّ ونحوه وإن تضرَّر غالباً ، ويخيران قَبْل الفَصْل ، وصُبْرةٌ مِنْ مقدَّر كَيْلا أو وَزْناً أو عدداً أو ذَرْعاً مُسْتوٍ أو مُخْتلف جُزَافاً غير مُسْتَثْنٍ

---

(١) ما لم يظن تحريمه من مغصوب أو غيره . أما فيما علم أو ظن تحريمه فلا يجوز المعاملة فيه . مختصر شرح الأزهار ٣/١٥ .

(٢) المقصود من قوله « وهو بالخطر » أنه إذا عامل العبد والمميز من دون معرفة الآذن لهما صح . فإذا انكشف حجرهما فسدت تلك المعاملة وانتقضت . المصدر السابق ٣/١٦ .

(٣) يجوز معاملة ولي الصغير بيعاً وشراء إن فعل ذلك لمصلحة الصغير . المصدر السابق .

(٤) القول قول الولي في أن مصلحة الصبي في الشراء وفي بيع ما هو سريع الفساد وفي بيع المنقول كالثياب . وكذلك القول له فيما أنفقه على الصبي وفي أنه قد وقع تسليم المال إليه بعد بلوغه . المصدر السابق ٣/١٨ .

(٥) لا يجوز الشراء من وارث لميت استغرق ماله بالدين إذا باع التركة لغير القضاء فإذا وقع الشراء صار موقوفاً . وينفذ بالإيفاء أو الإبراء . المصدر السابق .

(٦) احترز بقوله « غالباً » من بيع السلاح والكراع فإنه لا يجوز بيعه إلى من يستعمله في حرب المسلمين إلا أن يبيعه بأفضل منه . المصدر السابق ٣/٢٠ .

(٧) يصح بيع الشيء من ذى اليد الثابتة عليه كالمستعير والمستأجر والمرتهن والغاصب . ولا تكون اليد قبضاً بل لا بد من تجديد القبض إلاّ في الشيء المضمون كالعارية المضمونة . فإن ثبوت اليد عليها كاف في صحة القبض غالباً وهو احتراز من المغصوب والمسروق إذا بيع من الغاصب والسارق ... فإنه يحتاج إلى تجديد القبض . المصدر السابق ٣/٢١ .

(٨) صورة هذه المسألة أن يقول اشتريت مني شاة من غنمي هذه على أن لك أن تختار أيها شئت ثلاثة أيام فإن البيع يصح ... أما إذا لم يشترط الخيار فسد البيع بإجماع أئمة المذهب . المصدر السابق ٣/٢٣ .

(٩) يصح بيع كل شيء كامن يدل فرعه عليه كالثوم والبقل والبصل في منابتها . المصدر السابق ٣/٢٤ .

إلا مُشَاعاً أَوْ مُختاراً أو كلٌّ كذا بكذا فَيُخَيَّر لمعرفة قَدْرِ الثمن (١) أو على أنه مائة بكذا أو مائة : كل كذا بكذا ، فإن نَقَص أو زاد في الآخرتين فَسَدَ في المختَلِف مُطْلقاً وفي غَيْره يُخير في النقص بين الفَسْخ والأخذ بالحصة إلا المذْروع في الأولى (٢) فبالكلْ إن شاء وفي الزيادة رَدّها إلا المذروع فيأخذها بلا شيء في الأولى وبحصتها في الثانية . أو يفسخ ، وبعض صُبرة مُشَاعاً أو مُقَدّراً مُيّز في المختلف قبل البيع وعُيّنت جهته في مختلف المذروع ، وكذا إن شرط الخيار مدةً معلومةً لا مِنْها كذا بكذا إن نَقَصتْ ، أو كل كذا بكذا مطلقاً فتفسد وتُعين الأرض بما يميزها مِنْ إشارة أو حَدّ أو لَقَبٍ .

قوله : « فصل : ويجوز معاملة الظالم بيعاً وشراءً فيما لم يُظن تحريمه » .

أقوله : قد ثبت وقوع المعاملة منه صلى الله عليه وسلم لمن يفد إلى المدينة من الأعراب الباقين على الشرك إذ ذاك ، وهكذا معاملة أصحابه رضي الله عنهم لهم بمرأى منه صلى الله عليه وآله وسلم ومسمع ، وهم في حال جاهليتهم مرتطمون (٣) في المحرمات مرتكبون للظلم(٤)، وغالب ما في أيديهم مما يأخذونه قهراً وقسراً وغضباً من أموال بعضهم بعضاً ، مع كونهم مستمرين على ربا الجاهلية الذي هو الربا المحرم بلا خلاف ، وهكذا كان صلى

---

(١) يصح بيع الصبرة إذا كانت من مقدار كيلا أو وزناً أو عدداً أو ذرعاً والمراد بالصبرة الجملة .

ولبيع الصبرة صور أربع ذكرها صاحب الأزهار :

الأولى : أن يبيعها جزافاً غير مستثن لشيء فيها . فإن استثنى فسد البيع إلا إذا كان الجزء الذي استثناه مشاعاً نحو ربعها أو يستثنى شيئاً معلوماً على أن يكون مختاراً لذلك القدر من تلك الصبرة في مدة معلومة .

الثانية : أن يقول بعت منك كل كذا بكذا ... فيخير المشتري لمعرفة قدر الثمن .

الثالثة : أن يقول بعت منك هذا المقدار على أنه مائة رطل مثلاً بكذا .

الرابعة : أن يقول بعت منك هذه الصبرة على أنها مائة رطل كل رطل منها بكذا فإن البيع يصح ... وللمشتري خيار الرؤية . المصدر السابق ٣/٢٧ .

(٢) في الصورتين الثالثة والرابعة ... إن زاد المبيع أو نقص فسد البيع في المختلف مطلقاً . سواء كان معدوداً أو موزوناً ونحوهما ... أما إذا زاد أو نقص في غير المختلف الذي هو مستوى الحال فإنه يخير في النقص بين الفسخ والأخذ للناقص بحصته من الثمن ... إلا في المذروع فإنه إذا نقص في الصورة الثالثة من صور الصبرة . فإن شاء أخذ المبيع كله بكل الثمن . وإن شاء فسخ . المصدر السابق ٣/٢٨ .

(٣) مرتطمون في المحرمات : واقعون فيها وناشبون . النهاية لابن الأثير .

(٤) كانت في المخطوطة « في الظلم » فعدلت بما يناسب السياق .

الله عليه وآله وسلم وأصحابه يعاملون اليهود من أهل المدينة وممن حولها وهم مستحلون لكثير ما حرمه شرعنا ، وهكذا كان صلى الله عليه وآله وسلم يعامل هو وأصحابه أهل مكة قبل الهجرة ومن يرد إليها من طوائف الكفار ، ولم يسمع على كثرة هذه المعاملة وتطاول مدتها أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال : هذا كافر لا تحل معاملته ، ولا قال أحد من الصحابة كذلك ، وإذا كان هذا في معاملة الكفار الذين هذا حالهم وملكهم ، فكيف لا تجوز معاملة من هو من المسلمين مع تلبسه بشيء من الظلم ، فإن مجرد كونه مسلماً يَرْدَعُه عن بعض ما حرّمه الله عليه وإن وقع في بعض المحرمات تنزه عن بعضها ، فغاية الأمر ما في يده قد يكون مما هو حرام ، وقد يكون مما هو حلال ، ولا يحرم على الإنسان إلا ما هو نفس الحرام وعينه .

وأما طريقة الوَرَع فلا شك أن الأمر كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما صح عنه[1] « الحَلال بَيِّن والحَرَام بَيِّن وَبَيْنَهما مُشْتَبِهَات » والمؤمنون وقّافون عند الشبهات ، ولكنه قال : لو كان هذا أعني معاملة الظالم من هذا القبيل لما فعله رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وفعله أصحابه مع علمه لذلك وتقريره له ، وإذا كان هذا في المعاملة بالبيع والشراء ونحوهما كان في قبول عطائهم وهباتهم كذلك ، فقد كان الصحابة بعد انقراض خلافة الخلفاء الراشدين يقبضون العطاء والجوائز والهبات ممن بعدهم مع تلبّسهم[2] بشيء مما لا يُبيحه الشرع وعدم توقفهم على ما يسوغه الحق ، ولهذا يقول صلى الله عليه وسلم[3] « الخِلَافَة بَعْدي ثَلاثُون عَاماً ثُم تَكُون مُلْكاً عَضُوضاً » .

وأما قوله « والعبد والمميز[4] فيما لم يُظن حجرهما » فوجهه أن الأصل فيما في

---

(١) حديث متفق عليه عن النعمان بن بشير . ولفظه كما في المنتقي : أن النبي صلى الله عليه وسلم : قال الحلال بيّن والحرام بين . وبينهما أمور مشتبهة فمن ترك ما يشتبه عليه من الإثم كان لما استبان أترك ... ومن اجترأ على ما يشك فيه من الإثم أوشك أن يواقع ما استبان ... والمعاصي حمى الله من يرتع حول الحمى يوشك أن يواقعه . » المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٢٣٥ .

(٢) كانت في المخطوطة « شيء » وزيدت الباء مراعاة للسياق .

(٣) الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٣/٥٠٩ .

(٤) يريد الصبي المميز . وهو تعبير فقهي متداول لا سيما في باب الحجر ... وتجدر الإشارة هنا إلى أن الأصل في العبد أنه محجور من التصرف .

أيديهما وقوع الإذن لهما بالتصرف فيه عملاً باليد الثابتة عليه ومع ظن الحجر لهما ينتفي ذلك الأصل وإذا انكشف أنهما غير مأذونين كان الضمان متعلقاً برقبة العبد ومال الصبي ، لأنه جناية منهما وهي مضمونة عليهما ، ولهذا قال « وهو بالخطر » فإنه تحذير للمعامل لهما لأنه قد لا يكون للصبي المميز مال وقد تكون رقبة العبد قاصرة عن الوفاء بجنايته وقد تقع أمثال هذه الجناية والجميع متعلق برقبته فلا يحصل للفرد من المعاملين له إلا النزر اليسير .

قوله : « وولي مال الصغير إن فعل لمصلحة » .

أقول : وجهه أن الحاجة لمثل الصغير والمجنون قد تدعو إلى بيع شيء من ماله أو شراء شيء له لحاجة لا عذر عنها[1] وهو صغير لا يصلح لذلك لعدم بلوغه سن الرشد ، والمجنون لا يدرك شيئاً ولا يفرق بين المصلحة والمفسدة ، فلا بد من أن يتولّى التصرّف عنهما غيرهما ، ولكن إن فعل ذلك لمصلحة وإلا كان تصرفه رداً عليه والمصلحة هي على الحد الذي ذكره الله سبحانه في أموال اليتامى ، وأما قوله « وهو أبوه » فاعلم أن الله سبحانه قد ذكر الولي في كتابه العزيز فقال[2] ﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴾ فجعل الأمر في هذا الذي لا يستطيع أن يُمل إلى وليّه واكتفى بإملالهِ عنه ، فكان هذا دليلاً من الكتاب العزيز على أن الولي ينوب عمّن لا يستطيع أنْ يفعل كما يفعله غيره في التصرفات والإقرارات والإنشاءات إلحاقاً لغير هذا الفرد المنصوص عليه به لعدم الفارق وتقييد ما في الآية بقوله (بالعدل) مرشدٌ إلى ما تقدم من قول المصنف « إن فعل لمصلحة » فإن إيقاع الأمر على وجه العدل هو المصلحة التي ليس وراءها مصلحة ، وكما ثبت في الكتاب العزيز ذكر الولي الذي يتصرف عن غيره ثبت أيضاً في السنة ذكر الولي في النكاح بما صح عنه صلى الله عليه وآله

(١) أي العذر في تأخيرها .

(٢) الآية الكريمة ٢٥٢ من سورة البقرة .

(٣) الخبر بهذا اللفظ من حديث عائشة عند أبي داود الطيالسي وقد مرّ في كتاب النكاح بالجزء الثاني ٢٦١ ويراجع المنتقى بشرح نيل الأوطار ٦/١٣٤ .

وسلم من قوله[1] «أَيّما امرأة نكَحَتْ بغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ بَاطِلٌ بَاطِلٌ» فإن هذا ولي جعل إليه النبي صلى الله عليه وآله وسلم عقد النكاح للمرأة وقد كان يعقد نكـاح النساء في زمن النبوءة قَرَابَتُهن وكان يُقدم الأقرب فالأقرب ، فإذا كان الأب موجوداً كان ذلك إليه كما كان من أبي بكر وعمر في تزويجهما عائشة وحفصة من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، وكما كان منه صلى الله عليه وآله وسلم من تزويج بناته ، وهكذا كان عمل سائر الصحابة ثم إذا عدم الأب تولى ذلك الأقرب إلى المرأة ، فعرف بهذا أن الولي في النكاح هم القرابة مع تقديم الأقرب فالأقرب ، فكان ذلك كالتفسير للولي المذكور في الآية فيلي أمر الصغير ونحوه أبوه ، فإن عدم الأب فالأقرب فالأقرب ممن له عليه مزيد حُنُوٍّ وَرَأْفة ، فإن ذلك أقرب إلى رعاية مصلحته وعلى كل حال فعليه أن يتحرّى العدل كما ذكره الله سبحانه في تلك الآية هذا إذا أردنا معرفة الولي شرعاً ، فإن ما ذكرناه يدل عليه ، ومعلوم أن الأب هو الأقرب والأكثر حنواً ورأفة ويليه الجد فإنه كالأب في مزيد حنوه ورأفته على ابن ابنه ، وقد يزيد على الأب في ذلك ، ثم الإخوة والأعمام ثم الأقرب فالأقرب ، فمهما وجدت القرابة كانت صالحة لجعلها مناطاً لثبوت كون صاحبها ولياً مع عدم وجود من هو أقرب منه ، ومما يقوي ما ذكرناه قول الله عز وجل[1] (وَأُولُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ) فهذه الآية أثبتت بعمومها الأولوية بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، ولو رجعنا إلى اللغة لدلت على ما ذكرناه ، فإن الوَلِيَّ القريب ، والوَلْيُ القُرْب والدُّنو ، وقد ذكر أهل اللغة لِلْوَلي غير[2] هذا المعنى ولكنه لا يناسب المقام ، وإذا تقرر لك هذا فأعلم أنه لا وجه لإثبات الولاية لوصي الأب ووصي الجد أصلاً لأن المُوصِي إليهما قد انقطعت ولايته بموته مع كون الحِنو والرأفة اللذين هما سبب جعل الولي وليّا معدومين فيهما ، وأما الإمام والحاكم فلهما ولاية عامة تشمل هذه الولاية فمن هذه الجهة العامة لهما ولاية ، وأما مع وجود الولي الخاص فهو أقدم منهما ، ولهذا يقول صلى الله عليه وآله وسلم في الحديث الذي قدّمناه في النكاح[3] «فَإِنِ اشْتَجَرَ الأَوْلياءُ

---

(١) جزء من الآية الأخيرة من سورة الأنفال .

(٢) كذا في القاموس ... وقد أورد في المادة عدداً من المعاني التي أشار إليها المصنف هنا .

(٣) جزء من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها عند أحمد والترمذي وأبي داود ـ وابن ماجة وقد مـرّ ذكره في كتاب النكاح ... =

فالسُّلطانُ وَلِيّ مَنْ لَا وَلِيَّ له » فجعل ثبوت ولايته في النكاح مشروطة بأشتجار الأولياء فأفاد ذلك أنه لا ولاية للإمام والحاكم مع وجود الأولياء إذا لم يشتجروا .

قوله : « والقول له في مصلحة الشِّراء وبَيْع سريع الفساد والمنقول » .

أقول : قد قررنا أن لمن كان ولياً على الصفة التي حررناها ولاية شرعية ، وموجب هذه الولاية أن يكون القول قوله في ذلك لأنه متصرف بأمر الشرع ومأمور بالعدل ، فلو عاد خصماً مخاصماً وكلف البينة على تصرفاته لكان ذلك مخالفاً للولاية الشرعية ، وأما ما قيل(1) من أن الأصل في الأولياء عدم الصلاح فمجرد رأى بحت بل الأصل فيهم الصلاح ، وفي تصرفاتهم الصِّحة ومن ادعى غير ذلك فهو مدع لخلاف الظاهر فإن جاء ببُرهان يقتضي صحة دعواه فذاك وإلا فلا قبول لمجرد دَعْواه .

وأما قوله : « وفي الإنفاق » فكذلك أيضاً لأن الله سبحانه قد جعل الأمر في أموال اليتامى مُنَاطاً بالأولياء ، فلا وجه لعدم قبول قولهم فيما أنفقوه عليهم ، لأنهم باشروا ما باشروه منها بأمر الله عز وجل ، والمفروض أنهم من أهل الأمانة ومن المتصرفين بالعدل ، أما إذا تقرر أنهم من أهل الخيانة ومن المتصرّفين بالجَوْر فهم لم يتوقفوا على ما أمرهم الله به فيضمنون ما تصرفوا فيه(2) بغير ما أمر الله به .

وأما قوله في التسليم فلا بد من تقييد ذلك بأمرين :

الأول أن يكون اليتيم ونحوه حال النزاع قد بلغ سن الرشد لقوله عز وجل(3) « فَإِنْ آنَسْتُم مِنْهُم رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِم أَمْوَالَهُمْ » فلو لم يكن قد بلغ تلك السن كان الولي متعدياً بتسليم المال إليه ومع كونه مخالفاً لما أمر الله به لا يكون القول قوله ، لأن الولاية

= ويراجع . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٦/١٣٤ .

(1) هو رأي الهادي كما جاء في شرح الأزهار ... وعبارته : فظاهر قول الهادي أن الظاهر عدم الصلاح في جميع الأولياء . فيكون القول قول الصبي بعد بلوغه . مختصر إبن مفتاح ٣/١٨ .

(2) في الأصل المخطوط : « تصرفوا به » وكان يمكن أن تتعدى بنفسها .

(3) جزء من الآية الكريمة ٦ من سورة النساء .

الشرعية[1] [تقتضي] أن لا يدفع إليه ماله إلا مع إيناس الرشد ، فدعواه أنه دفعه إليه قبلها يُوجب بطلان ولايته والقدح في عدالته وهو لم يقبل قوله إلا لمجموع الولاية والعدالة .

الأمر الثاني أن يشهد على تسليم ماله إليه كما أمره الله سبحانه بقوله[2] « فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ » فإذا لم يُشْهِد فقد أخلّ بواجب عليه فعليه أن يأتي بما يصدق قوله أو يصحح دعواه .

وأما قوله : « ولا الشراء من وارث مستغرق باع لا للقضاء » فإن فعل ذلك عمداً بعد عمله باستغراق التركة بالدين وأن البائع باع لها للقضاء فهذه خيانة منه فلا ينفذ تصرفه ، وإن فعل ذلك جاهلاً فولايته باقية وعليه الإستدراك بحسب الإمكان ، فإن تعذر ذلك فلا ضمان عليه لأنه قد فعل ما يظنه صلاحاً وهو أمين ولم يحسن ولا فرط[3] وسواء وقع الإيفاء أو الإبراء أو لم يقع واحداً منهما .

قوله : « وبيع كل ذي نفع حلال جائز » .

أقول : قد أراد المصنف بهذا ، الإشارة إلى ما هو جائز للبيع وإلى ما لا يجوز بيعه ؛ فكل ما كان يتعلق به منفعة يحلها الشرع فبيعه جائز وكل ما كان لا منفعة له أصلاً ، وكانت تلك المنفعة غير جائزة فبيعه غير جائز لأن الوسيلة إلى الحرام حرام ، ولكن لا بد أن يكون النفع في ذلك الشيء لا يكون في حرام على كل حال ، أما لو كان مما يمكن ان يكون نفعه حلالاً في حالة وحراماً في حالة ، أو مما يستعمله هذا في حرام وهذا في حلال فإن علم البائع أن ذلك المشتري لا يستعمله إلا في حرام لم يحل بيعه وإن علم أنه يستعمله في حلال حل بيعه وإن بقي الأمر ملتبساً مع إمكان استعماله في الحلال والحرام جاز بيعه لأنه لم يوجد المانع من البيع ومجرد التردد مع عدم الترجيح[4] لا اعتبار به .

---

(١) زيادة يستلزمها السياق .

(٢) جزء من الآية الكريمة السابقة ٦ من سورة النساء .

(٣) لو إستبدل بهذه العبارة بمثل (ولم يحسن كما أنه لم يفرط) لكان أقرب إلى الوضوح .

(٤) في الأصل الترجح فعدلت بما يناسب السياق .

فإن قلت وما الدليل الذي دل على المنع مما نفعه حرم ؟ قلت : ما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم في الصحيحين وغيرهما من حديث جابر (٣) قال « إنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول : إنّ اللهَ حَرَّمَ بَيْعَ الخَمْرِ والمَيْتَةِ والخِنْزِيرِ والأَصْنَامِ فَقِيلَ يا رسول الله أَرأَيتَ شُحُومَ المَيْتَةِ فإنَّهُ يُطْلَى بِهَا السُّفُنُ وَيُدْهَنُ بِهَا الجُلُودُ وَيَسْتَصْبِحُ بِهَا النَّاسُ ؟ فقال لَا هُوَحَرَامٌ » فصرح صلى الله عليه وسلم بأن بيع ذلك حرام مع بيانهم لوجوه الانتفاع به ، ثم قال بعد ذلك « قَاتَلَ اللهُ اليهودَ إِنَّ اللهَ لَمَّا حَرَّمَ عَلَيْهِم شُحُومَهَا جَمَلُوه ثمّ بَاعُوه وأَكَلُوا ثَمَنَهُ » وأخرج أحمد وأبو داود بإسناد رجاله ثقات من حديث ابن عباس (٥) أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال « لَعَنَ اللهُ الْيَهُودَ حُرِّمَتْ عَلَيْهِم الشُّحُومُ فَبَاعُوهَا وَأَكَلُوا أَثْمَانَهَا وإنَّ اللهَ إِذَا حَرَّمَ عَلَى قَوْمٍ أَكْلَ شَيْءٍ حَرَّمَ عَلَيْهِمْ ثَمَنَه » فصرح صلى الله عليه وآله وسلم بأن الحرمة مانعة من البيع والتحريم كما يكون في أعيان الأشياء يكون أيضاً في منافعها ، ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (٤) « لَا تَبِيعُوا القَيْنَاتِ المُغَنِّيات وَلَا تَشْتَرُوهُنَّ وَلَا تُعَلِّمُوهُنَّ وَلَا خَيْرَ فِي تِجَارَةٍ فِيهِنَّ وَثَمَنُهُنَّ حَرَامٌ » فجعل صلى الله عليه وآله وسلم ثمنهن حراماً لأن الغالب أنهن لا يُبعن إلا للغِنَاء مع كون الانتفاع بهن في غيره ممكناً كالوطىء والخدمة أخرجه الترمذي من حديث أبي أمامة وقال : غريب انتهى ولكن له شواهد تقويه .

فالحاصل أنه إذا كان الغالب في الانتفاع بالمبيع هو المنفعة المحرمة فلا يجوز بيعه ، وكانت هذه الغلبة توجب حصول الظن للبائع بأن المشتري ما أراد بشرائه لتلك العين إلا تلك المنفعة المحرمة ، وأما إذا لم تكن ثَمّ غلبة فالأمر كما قدمنا ، ومن هذا بيع العِنب

---

(١) الحديث رواه الجماعة ... ويرجع إليه في المنتقى ١٦٠/٥ .

(٢) جمل الشحم ... أذابه واستخرج منه ـ والجميل ... الشحم المذاب .

(٣) قال صاحب المنتقي تعقيبا على الحديث : « وهو حجة في تحريم بيع الدهن النجس » ... ويرجع إلى الحديث في المنتقي ١٦٠/٥

(٤) الخبر أخرجه البيهقي بسنده عن عبيدالله بن زحر عن علي بن يزيد عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبي أمامة عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم .

وبمعناه رواه جماعة عن عبيدالله بن زحر ، وبمعناه رواه الفرج بن فضالة عن علي بن يزيد . قال أبو عيسى : سألت البخاري عن إسناد هذا الحديث ؟ .... فقال علي بن يزيد : ذاهب الحديث ... ووثقه عبيدالله بن زحر والقاسم ابن عبد الرحمن ..

وللحديث طرق أخرى لا تخلو من مقال . السنن الكبرى للبيهقي ١٤/٦ . مجمع الزوائد ٩١/٤ .

والتَّمر إلى من يغلب على الظن أنه يتخذه خمراً ، وبيع آلات الملاهي إلى من يلهو بها ، فإن ذلك غير جائز لأن تلك المنفعة حرام وكل حرام يحرم بيعه والمنفعة هي المقصودة لا مجرد العين من غير نظر إلى وجه من وجوه الانتفاع بها ، فما كان للمصنف أن يقول « ولو إلى مستعمله » فإن البيع إليه مع العلم والظن بأنه يستعمله في معصية لا يجوز لما تقدم بل يحرم مثلا بيع الحمار الأهلي إذا علم البائع أو ظن أن المشتري اشتراه ليأكله لأن هذا البيع وسيلة إلى الحرام ، وذريعة إلى ما لا يحل وَوَسائل[1] الحرام حرام وقد أخرج الطبراني والبيهقي من طريق محمد بن أحمد بن أبي خيثمة عن بريدة[2] مرفوعاً : « مَنْ حَبَسَ العِنَبَ أيَّامَ القِطَافِ حتَّى يَبِيعَه مِنْ يَهُودِيٍّ أَوْ مِنْ نَصْرانِي أو مِمَّنْ يتَّخِذه خَمْراً فقد تَقَحَّمَ النارَ على بَصِيرَةٍ » زاد البيهقي « أَوْ مِمَّن يَعْلَمُ أَنَّهُ يتَّخِذُه خَمْراً » وحسنه ابن حجر في بلوغ المرام .

قوله : « أو واجب كالمصحف » .

أقول : المصحف هو آكد لتلاوة القرآن ، وأما تعلم ما يجب على الإنسان تعلمه فلا دخل للمصحف في ذلك لأنه يتعلمه من المعلم كالفاتحة وسورة ، فإن العامي لو أخذ المصحف وأراد أن يتعلم ذلك لم يدر ما يقول ، حتى يتعلم ذلك مشافهة ، وأما ما روي عن بعض السلف من المنع عن بيع المصحف فليس عليه أثارة من علم ، وأي شراء أطيب من شراء مَنْ يَستعمل تلك العين المشتراة في طاعة الله سبحانه ، كالمجاهد يشتري السيف ليقاتل به الكفار ، ويجاهد به في سبيل الله ، ومعلوم أن الجهاد أعظم فرائض الإسلام فلو كان بيع الشيء الذي يستعمله مشتريه في واجب غير جائز كما قال ذلك البعض[3] [لحرم] ببيع ما يحتاجه المجاهد للجهاد وما يتجهّز به للحج وما يلبسه للصلاة وما يتسحر به للصيام وما ينفقه على من يجب عليه انفاقه .

---

(١) في المخطوطة : « وسائر الحرام » فعدلت بما يناسب السياق .

(٢) أورد الحديث ابن حجر بدون لفظ « من يهودي أو نصراني » وهذه الزيادة ـ أخرجها البيهقي في شعب الإيمان من حديث بريدة : « من يهودي أو نصراني أو ممن يعلم ..... إلخ . واقتحم عقبة أو وهدة رمي بنفسه فيها وكأنه مأخوذ من اقتحم الفرس النهر إذا دخل فيه وتقحم مثله . يراجع نيل الأوطار على المنتقي ٥/١٧٤ . بلوغ المرام بشرح سبل السلام ٣/٢٨ . المصباح المنير .

(٣) كانت في الأصل « للتحريم » فعدلت بما يناسب السياق .

قوله : « ومن ذي اليد الخ » .

أقول : إذا قد حصل مناطُ البيع وهو التراضي المذكور في الكتاب العزيز صار ذلك المبيع ملكاً للمشتري ، وليس هذا من بيع البائع لما ليس عنده حتى يدخل في النهي المتقدم قريباً ، بل يد الأمين يد من أئتمنه ، ويكفي المشتري ما وقع من التراضي فإنه قد سلطه بذلك على قبض العين التي لديه وأما إذا كانت العين في يد غاصب لها ممتنع من ردها فقد يندرج ذلك تحت بيع البائع لما ليس عنده ، فيدخل تحت النهي لأن الغاصب قد حال بينه وبينها باستيلائه عليها عدواناً ، فلا بد من قبضها منه ثم بيعها إليه .

والحاصل أن إيجاب تحديد القبض والفرق بين المضمون وغير المضمون من غرائب الرأي ، وعجائب الاجتهاد ، وليس ذلك بمستنكر من الجامدين على ما وجدوه في كتب الفروع .

قوله : « ومؤجر ولا تنفسخ إلا أن يُباع لعذر الخ » .

أقول : إذا أخرج المالك تلك العين من ملكه فقد بطل ما فعله من التأجير فيها ، لأن إجارته إنما تصح ما دام مالكاً للعين ، وبعد خروجها عن ملكه قد صارت ملكاً للمشتري ، وهو بالخيار إما رضي بتأجيرها من ذلك المستأجر أو نزعها من يده ، فكونه لا ينفذ له تصرف بالبيع في ملكه [1]مع تأجير منافعها لا يصلح مانعاً ، لأن تسليط المستأجر على الانتفاع بالعين هو إلى مقابل أجرة وقد اختار المالك أن يخرجها عن ملكه وهو مُحَكَّم في ملكه ، ولم يرد ما يدل على أن هذا التأجير من موانع البيع حتى يقال اقتضى ذلك الدليل ، وعلى فرض ورود ما يدل على لزوم الاستمرار على ما اقتضاه عقد الإجارة فهو مقيد ببقاء الملك ولم يبق هاهنا ، فالظاهر جواز بيع العين المؤجرة سواء كان ذلك لعذر أو لغير عذر ، وسواء كان من المستأجر أو غيره ، وسواء رضي المستأجر أم لم يرض ، ومع هذا فكل بائع لا يبيع العين المؤجرة إلا وقد وجد البيع أنفع له من الاستمرار على التأجير ،

(١) كانت في الأصل « معاً » فعدلت بما يناسب السياق .

وهذا عذر ، وأيضاً هو بالبيع قد زال الغرض الذي كان له في عقد الإجارة ، وسيأتي أن من أسباب انفساخ الإجارة الصحيحة العذر الزائل معه الغرض بعقدها وهذا قد زال غرضه من الإجارة بترجيح جانب البيع .

قوله : « ومجهول العين مخيراً فيه مدة معلومة » .

أقول : وجه الصحة أن الخيار في الاختيار رافع للجهالة باعتبار الانتهاء وإن كان مجهولاً في الابتداء ، فلا غرر حينئذ عند انجاز البيع وهو وقت الاختيار ، ومن منع من ذلك نظر إلى أنه وقع البيع لشيء مجهول ، وإرتفاع الجهالة من بعد لا يقتضي الصحة والقول بالصحة أرجح لأن المانع منها مع التخيير لا يصلح للمانعية ، وقد ثبت في الصحيحين[1] وغيرهما من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المُتَبَايِعَان بِالْخِيَار مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا أَوْ يَقُولُ أَحَدَهُمَا لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ »وربما قال : « أَوْ يَكُونُ بَيْعُ الْخِيَار » وفي لَفْظ لهما « أَوْ يُخَيِّر أَحَدُهما الآخَرَ فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وَجَبَ الْبيع » وفي لفظ لهما أيضاً « كُلّ بَيِّعَيْن لَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا حَتَّى يتفرَّقَا إِلَّا بَيْعَ الخِيَارِ » ولا يخفاك أن بيع مجهول العين مع التخيير داخل في ذلك وفي الباب أحاديث .

قوله : « وميراث علم جنساً ونصيباً » .

أقول : لا شك ولا ريب أن قول القائل مثلاً : بعت منك نصيبي مما ورثته من فلان وهو الثلث أو الربع أو نحوهما من الأراضي أو الدور أو البقر أو الغنم أو نحو ذلك مجهول الكمية والكيفية ، وما كان كذلك فهو مجهول الكُنه .

ومن جملة ما يصدق عليه بيع الغَرَر الذي ورد النهي عنه في الأحاديث الصحيحة[2] بيعُ المجهول بأي نوع من أنواع الجهالة كما يفيد ذلك أقوال أئمة اللغة ، فالعلم بالجنس والنصيب لا يرفع الجهالة فلا يكون ذلك مسوغاً للبيع .

---

(١) يرجع إلى الحديث ، وبقية ألفاظه ، وطرقه في المنتقى ٢٠٨/٥ .

(٢) مبتدأ مؤخر ... خبرة المقدم قوله : « ومن جملة ما يصدق عليه » .

والحاصل أن أدلة النهي عن بيع الغرر قد تناولت هذا وما فوقه في الجهالة وما هو دونه فلا يخرج عن ذلك إلا ما خصصه الدليل من هذا العموم ، كبيع الغائب وبيع الجُزَاف كما سيأتي ، ولا وجه لقول المصنف « وميراث » بل كل شيء معلوم الجنس والنصيب الكلام فيه كالكلام في الميراث المعلوم جنساً ونصيباً .

قوله : « ونصيب من زرع قد استُحْصِد » .

أقول : وجهه ما ثبت في صحيح مسلم[1] وغيره من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نَهَى عن بَيْع السُّنْبُل حتَّى يَبْيَضّ ويَأمَنَ العَاهَةَ » وما أخرجه أحمد[2] وأبو داود والترمذي وابن ماجه وابن حبان والحاكم وصححه من حديث أنس قال « نَهَى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عن بَيْع العِنَب حتى يَسْوَدّ وعن بَيْع الحَبّ حتى يَشْتَدّ » ولكن هذين الحديثين إنما يدلان على النهي من البيع إذا كان الزرع قد سَنْبل حتى يبيض وإذا كان الزرع قد صار حبًّا حتى يشتد ، وأما بيعه قبل أن يسنبل ويظهر فيه الحب وهو الذي يقال له بيع القَصيل[3] فقال ابن رسلان في شرح سنن أبي داود : « واتفق العلماء المشهورون على جواز بيع القَصِيل بشرط القطع وخالف سُفيان الثوريّ وابن أبي ليلى فقالا[4] [لا] يصح بيعه بشرط القطع قال : وقد اتفق الكل على أنه لا يصح بيع القصيل من غير شرط القطع ، وخالف ابن حزم الظاهري[5] فأجاز بيعه من غير شرط القطع » انتهى ، ولا يصدق على بيع القصيل أنه بيع المخاضرة الذي ورد النهي عنه لأن في كتب

---

(١) الحديث رواه الجماعة إلا البخاري وابن ماجه . وأوله « نهى عن بيع النخل حتى تزهر . وعن بيع السنبل .... إلخ . » ... وفي لفظ رواه الجماعة إلا الترمذي : « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ... نهى البائع والمبتاع » . المنتقي ٥/١٩٥ ـ مختصر السنن ٥/٤١ .

(٢) قال الترمذي : حسن غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا حديث حماد . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٩٥ . مختصر وتهذيب السنن ٥/٤٣ .

(٣) القصيل ... ما اقتصل من الزرع أخضر . كما في القاموس ـ وفي المصباح قصلته قصلاً من باب ضرب .... قطعته ... فهو قصيل ومقصول . ومنه القصل . وهو الشعير يجز أخضر لعلف الدواب .

(٤) الزيادة بعد الرجوع إلى نص العبارة في نيل الأوطار ٥/١٩٧ .

(٥) تمسك ابن حزم بأن النهي إنما ورد عن السنبل .... وقال : لم يأت في منع بيع الزرع منذ ينبت إلى أن يسنبل نص أصلاً . ويرجع إلى عبارة ابن رسلان بتمامها . في نيل الأوطار ٥/١٩٧ . كما يرجع إلى رأي ابن حزم . في المحلي ٨/٤٠٤ .

اللغة[1] ما يدل على أن بيع المخاضرة بيع الثمار قبل بدو صلاحها . والثمار هي حمل الشجر فلا يتناول الزرع كما في كتب اللغة أيضاً . وقد فسر بعض أهل العلم المحاقلة ببيع الزرع قبل أن يغلظ سوقه ، فأن صح ذلك كان دليلاً على المنع ، وإلا كان الظاهر ما قاله ابن حزم من جواز بيع القَصِيل مطلقاً ، ولا وجه لقول المصنف « وإلا فمن الشريك فقط » لأنه تخصيص للحديثين المذكورين بغير مخصِّص ، وأما توهم أن الشريكين لا يقسمان الزرع إلا عند الحصاد فغير صحيح ، فإنه قد يتعلق لهما غرض بالقسمة قبل ذلك ، على أن مثل هذا لو صحّ لم يصح مخصِّصاً لجواز تلف الزرع قبل بلوغ وقت الحصاد ، وذلك هو العلة في النهي عن البيع .

قوله : « قيل وكَامِن يدل فَرْعه عليه » .

أقول : إن كانت هذه الدلالة بحيث تتميز عند البائع والمشتري ، ويعرفان كيفيته وكميته كان ذلك خارجاً عن بيع الغرر المنهى عنه ، وإن كانت هذه الدلالة قاصرة عن ذلك فلا يحل بيعه حتى يخرج ذلك الكامن من الأرض ، ويحصل الإطلاع عليه ومعرفته بالكنه ، ومن جوز ذلك مستدلاً بما جرت عليه عادة الناس فلم يصب ، فإن مثل ذلك لا يصلح لتخصيص الأدلة وأما قوله « وملصق كالفَصّ ونحوه » فإن كان مجرد الإلصاق لا يوجب الجهالة فالبيع صحيح ، وإلا فلا لأنه من بيع الغرر ، وأما الفصل للفص فرجعه تراضيهما فإن تراضيا على ذلك صح سواء حصل التضرر أم لم يحصل ، وأما تخييرهما قبل الفصل فوجهه أنه إذا كان في الفصل مَضرّة على الملصق أو المُلصَق به ولم يحصل التراضي عليه كان ذلك في حكم تعذر تسليم المبيع ، وسيأتي أنه من الخيارات المذكورة في باب الخيارات .

قوله : « وصُبْرة[2] إلى قوله جزافاً » .

أقول : جاز بيع الجزاف بالدليل الذي خصصه من أحاديث النهي عن بَيْع الغرر

---

(١) يراجع المصباح المنير .

(٢) الصبرة بالضم ... ما جمع من الطعام بلا كيل ووزن . كما في القاموس . ـ وإصطلح عليها أصحاب المذهب أنها الجملة من كل مقدار يكال أو يوزن أو يعد أو يزرع .

وهو ما ثبت في الصحيحين[1] وغيرهما من حديث ابن عمر قال « كَانُوا يَبْتَاعُونَ الطَّعامَ جُزَافاً على السّوق فَنَهَاهم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أَنْ يَبِيعُوه حتَّى يَنْقُلوه » قال ابن قدامة : يجوز بيع الصُّبْرة جزافاً لا نَعْلم فيه خلافاً إذا جَهِل البائع والمشتري قدرها انتهى .

وإنما قلنا إن الدليل الوارد بجواز بيع الجزاف مخصِّص لأحاديث النهي عن بيع الغرر لأن في بيع الجزاف غرراً في الجملة إذ الجُزاف هو ما لم يعلم قدره على التفصيل ، وأما قوله « غير مُسْتَثْنٍ إلا مُشَاعاً فوجهه أن الاستثناء يزيد في الجهالة الكائنة في الصّبرة زيادة على الجهالة التي خصصها الدليل فلا يدخل بعد هذه الجهالة في التخصيص ، وأما إذا كان المستثنَى جزءاً مشاعاً فلا بأس به فإنه لا يوجب مزيد جهالة وهكذا مع الاختيار لما قدمنا قريباً .

وأما ما ذكره من قوله « أو كل كذا بكذا » أو ما بعده من الصور فإن كان وقوع ذلك يرفع من مطلق الجهالة شيئاً فهو وإن كان بيعَ جزاف لكنه قد تُوُصل إلى تفصيله من وجه والتخيير لمعرفة مقدار الثمن صحيح ، لأنه عند هذا التفصيل جَهِل المشتري ما يلزمه من الثمن ، وأما الصورة الثانية والثالثة فالأولى عدم الحكم بالفساد مع الزيادة والنقص بل مجرد إثبات الخيار يكفي كالصورة الأولى ، وبهذا تعرف عدم الحاجة إلى الكلام على بقية ما في هذا الفصل فإن ما ذكرناه يُبصرك بما ينبغي أن يقال في كل ذلك .

(١) لفظ المنتقي جزافاً بأعلى السوق ... وقد مرّ الحديث من قبل ص ٥ من هذا الجزء .

فصل

وَلَا يجوزُ مطلقاً بَيْعُ الحُرّ فيؤدب العالم [1] ويَرُدّ القابِضُ إلا الصبيّ [2] ما أتلف فأن غاب مُنْقَطِعَةً فالمُدلِّس [3] ويرجع وإلا فلا ، ولا أُمّ الولد والنّجس وَمَاء الفَحْل للضِّراب وأَرْض مكة وما لا نفع فيه مطلقاً .

قوله : « فصل ولا يجوز مطلقاً بيع الحر » .

أقول : تحريم هذا من قطعيّات الشريعة وإجماع أهل الإسلام على التحريم معلوم ، ولا يحتاج إلى الاستدلال على مثله ، والتعرض بما يستحقه الفاعل لهذا الحرام غير مناسب للمقام ، بل الذي يستحقه من العقوبة هو سخط الله عليه ، وغضبه وأليم عقابه ، ولم يرد على ذلك في الشريعة عقوبة معينة في الدنيا ، ولا هو من الأمور التي يجب الحد على فاعلها ، فقول المصنف « فيؤدب العالم » كلام في غير موضعه ، وعلى غير قانون الشرع ، وأما كونه يردّ البائعُ ما قبضه من قيمة الحر فواضح لا يحتاج إلى ذكره ، وقوله « إلا الصبي ما أتلف » فلا يخفى أن ذلك جناية منه على المشتري ، والصبي يضمن ما جناه لأن ذلك من أحكام الوضع لا من أحكام التكليف ، فلا وجه لإسقاط الضمان عنه سواء باع نفسه أو غيره ، وأما قوله « فإن غاب منقطعة فالمُدلِّس » فكان الأَولى أن يقول فإن لم يمكن الرجوع عليه فعلى المدلس ، ولا وجه للتنصيص على مجرد الغربة الموصوفة بالإنقطاع ، فإن افتقاره وموته ولا مال له كذلك ، ووجه تضمين المدلّس أنه مشارك بتدليسه في الجناية الواقعة من البائع .

قوله : « ولا أم الولد » .

---

(١) يؤدب البائع أو المشتري أو هما معاً إذا علما أن البيع حرّ . والبيع باطل ولو جهلاً . شرح الأزهار ٣/٣٠ .

(٢) يرد القابض للثمن ما قبضه من ثمن الحر إلى المشتري إن كان الثمن باقياً بعينه ... كبيراً كان القابض أم صغيراً الصبي إذا باع نفسه أو باع حراً غيره ثم قبض الثمن وأنفقه فلا يرد ما قد تلف ... فإن كان الثمن باقياً أخذ منه . المصدر السابق .

(٣) إن غاب البائع غيبة منقطعة بعد قبض الثمن فالمدلس يقدم للمشتري ما دفع ويرجع المدلس بما غرم من الثمن على القابض متى ظفر به . المصدر السابق ٣/٣١ .

أقول : استدل المانعون بحديث ابن عباس[1] عند ابن ماجه والدارقطني والبيهقي قال « ذُكِرَتْ أُم إبْراهيمَ عِنْدَ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا » وفي إسناده حُسين بن عبدالله الهاشمي[2] وهو ضعيف قال البيهقي وروى عن ابن عباس من قوله ورواه البيهقي من حديث ابن لَهِيعة عن عُبيدالله بن أبي جعفر[3] : أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال لأم إبراهيم :أَعْتَقَكِ وَلَدُكِ » وهو معضل ورواه ابن حزم[4] من طريق قاسم بن أَصبغ عن محمد بن مصعب عن عُبيدالله بن عمرو عن عبد الكريم الجزَري عن عِكْرمة عن ابن عباس فذكره وقال صح هذا بسند رُوَاتُه ثقات يعني هذا السند الذي ذكره ، وتعقبه ابن القطان بأن قوله عن محمد بن مصعب خطأ وإنما هو عن محمد وهو ابن وضاح عن مصعب وهو ابن سعيد المصِيصي وفيه ضعف .

وأخرج أحمد[5] وابن ماجة والحاكم والبيهقي عن حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال « مَنْ وَطِيءَ أَمَتَه فولَدَتْ له فهي مُعْتقة عن دُبُرٍ منه » وفي إسناده حسين بن عبدالله الهاشمي وهو ضعيف كما تقدم ، ورجع جماعة[6] وقفه ، وأخرج الدارقطني والبيهقي[7] عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم « أَنه نهى عن بَيْع أُمّهات الأولاد وقال : لا يُبَعْنَ ولا يُوهَبْنَ ولا يُورثْنَ يَسْتَمْتِعُ بها السَّيدُ ما دَام حَيًّا وإذا مَاتَ فَهِيَ حُرَّةٌ » قال البيهقي وعبد الحق : والصحيح وقفه على عمر وقد رواه مالك

---

(١) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٠٩ .

(٢) ألحسين بن عبدالله بن عباس الهاشمي عن ربيعة عباد وكريب وعكرمة وعنه إبن جريج وإبن المبارك .
قال إبن معين : ضعيف ... وقال مرة : ليس به بأس يكتب حديثه . وقال أحمد : له أشياء منكرة ... وقال البخاري : قال علي : تركت حديثه . وأقوال الأئمة فيه على هذا النحو . الميزان ٣/٥٣٧ .

(٣) نيل الأوطار على المنتقي ٦/١٠٩ .

(٤) لفظ الحديث كما في المحلي عن إبن عباس قال : « لما ولدت مارية إبراهيم قال رسول ا ِ صلى الله عليه وسلم : « أعتقها ولدها » . وعلق عليه بقوله هذا خبر جيد السند كل رواته ثقة . المحلى لإبن حزم ٩/٢١٩ .

(٥) الحديث له طرق ... وفي لفظ عند أحمد : « أيما إمرأة ولدت من سيدها فهي معتقة عن دبر منه » . أو قال : « من بعده » . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٠٨ .

(٦) رجحوا وقفة على عمر . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٠٩ .

(٧) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٠٨ .

في الموطأ والدارقطني من طريق أخرى عن ابن عمر عن عمر ورواه أحمد[1] في مسنده عن الخطاب بن صالح عن أمه قالت : « حدثتني سَلَامَة بنت مَعْقل قالت كنت لِلحُبَاب ابن عَمْرو وَلِي منه غُلام فقالت لي امرأته الآن تُبَاعِينَ في دَيْنِهِ فأتيتُ رسولَ الله صلى الله عليه وآله وسلم فذكرت ذلك له فقال : مَنْ صَاحِب تَرِكَة الحُبَاب بن عمرو ؟ قالوا : أخوه أبو اليَسَر كعب بن عمرو ، فَدَعَاه فقال : لا تَبيعُوهَا وأَعْتِقُوها ، فإذا سمعتم بِرَقيقٍ قَدْ جَاءَنِي فَأْتُونِي أُعوِّضُكم ففعلوا ، واختلفوا فِيمَا بَيْنهم بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال قوم : أُمّ الولد مَمْلوكة لَوْلا ذلك لم يُعَوِّضكم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقال قَوْم : هي حُرّة قد أعتقها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فَفِيّ كَانَ الاخْتِلَافُ » وقد أخرجه أبو داود بإسناد صالح وذكر البيهقي أنه أحسن شيء في هذه الباب عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فهذا جملة ما استدل به المانعون من البيع ولا احتمال في حديث سَلَامَة بنت مَعْقل لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قد أمرهم بإعتاقها ونهاهم عن بيعها ، وذلك هو محل الاستدلال ، وأما ما وعدهم به من العِوَض فذلك من حُسن أخلاقه الشريفة ومن كرمة الفيّاض ، وجُمله ما ذكرناه من الأحاديث يقوّي بعضها بعضاً ، ويشهد بعضها لبعض ، فينتهض للاستدلال به على عدم جواز بيع أمهات الأولاد ، ويؤيد ذلك ماثبت في صحيح البخاري[2] وغيره عن أبي سعيد قال « جاء رجل من الأنصار فقال : يا رسول الله إنا نُصِيبُ سَبْياً فَنُحِبّ الأَثْمان فكَيْفَ تَرَى في العَزْل ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : وإنّكم لَتَفْعَلُون ذَلك لَا عَلَيْكم أَنْ لا تَفْعَلُوا » الحديث ، فإن قول السائل « ونحب الأثمان » فيه إشارة إلى أنهنّ إذا ولَدْن لم يَجُز بَيْعهن ، وأما ما أخرجه أحمد[3] وابن ماجة والشافعي والبيهقي عن جابر أنه قال « كُنَّا نَبِيع أُمَّهات

---

(١) الحديث في إسناده محمد بن إسحق بن يسار ... وفيه مقال . وقد جاء قول البيهقي الذي نقله المصنف هنا وفي نيل الأوطار بعد أن ذكر أحاديث في أسانيدها مقال . مسند أحمد ٦/٣٦٠ ويراجع المنتقي . بشرح نيل الأوطار ٦/١١٠ . السنن الكبرى للبيهقي ١٠/٣٤٥ .

(٢) الحديث رواه أحمد أيضاً وتمامه : « فإنها ليست نسمة كتب الله عز وجل أن تخرج إلا وهي خارجة » . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٠٩ .

(٣) لفظ المنتقي : « كنا نبيع سرارينا أمهات أولادنا .... إلخ .» وقد تتبع الشوكاني أقوال الأئمة في هذه المسألة ... فليرجع إليه من شاء نيل الأوطار على المنتقي ٦/١١٠ كما يمكن الرجوع إلى إبن القيم الجوزية في تهذيب معالم السنن ٥/١٤٠ .

أَوْلَادِنَا والنبي صلى الله عليه وسلم حَتَّى لا نَرَى بذلك بأساً » وما أخرجه أبو داود[1] وابن حبان والحاكم عن جابر أيضاً قال « بِعْنَا أُمَّهات الأَولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر فلما كان عمر نَهَانا فَانْتَهَيْنَا » فليس في حديثه هَذا المروي من الطريقين عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أطَّلع على ذلك ، وقد حكى ابن قدامة[2] إجماع الصحابة على المنع ، وقد حَكَى القول بالجواز عن علي وابن عباس وابن الزبير ، وروى عنهم الرجوع ، كما حكى ابن رسلان في شرح السنن ، وأخرج عبد الرزاق[3] عن علي بإسناد صحيح أنه رجع عن الجواز إلى المنع وإلى المنع ذهب الجمهور من أهل العلم وقد قيل أنه إجماع وهو غير مسلم .

قوله : « والنجس » .

أقول : أراد المصنف بهذا ما هو عنده نجس كما تقدم في النجاسات ، فيشكل مثل الكلب والخنزير والخمر والنجاسة العينية كالعذرة وماله حكمها ، وقد جاءت الأدلة الصحيحة في تحريم بيع أمور أما[4] لكونه نجساً في نفسه ، أو لكونه يحرم الانتفاع به ، فمن ذلك ما في الصحيحين[5] وغيرهما من حديث جابر أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول « إن اللهَ حَرَّمَ بَيْع الخَمْر والمَيْتَةِ والخِنْزِير والأَصْنَام » وفي الصحيحين[6]

---

(١) ألمنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١١٠ .

(٢) نقل ابن قدامة ذلك عن الشريف أبي جعفر كما نقل عنه إستدلاله على هذا الإجماع بقول علي كرم الله وجهـــه : « كان رأيي ورأي عمر أن لا تباع أمهات الأولاد ... وقوله فقضى به عمر حياته . وعثمان حياته .

وقول عبيدة الآتي ذكره :« رأى علي في الجماعة أحب إلينا من رأيه وحده » . المغني لابن قدامة ٩/٥٣٢ .

(٣) أخرج عبد الرزاق أيضاً عن عبيدة السلماني قال : « سمعت علياً يقول : « اجتمع رأيي ورأي عمر في أمهات الأولاد ألاّ يبعن . ثم رأيت بعد أن يبعن ... قال ـ عبيدة قلت :فرأيك ورأي عمر في الجماعة أحب إليَّ من رأيك وحدك في الفرقة » . نيل الأوطار ٦/١١١ . تهذيب معالم السنن لابن القيم ٥/٤١٣ .

(٤) في المخطوطة «كونه » فزيدت اللام على مقتضى المقابلة مع قوله « وإما لكونه » وحق وضوح العبارة أن يقال : إما لكون المبيع نجساً .... إلخ . ولكنا لم نغير إلاّ في دائرة التصحيح .

(٥) مرّ الحديث بتمامه من قبل ص ١٠ ويرجع إليه في المنتقي ٥/١٦٠ . صحيح مسلم بشرح النووي ٣/١٢٠٧ .

(٦) تمام الحديث : « ولعن الواشمة والمستوشمة ، وآكل الربا وموكله ولعن المصورين » حديث متفق عليه . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٦٢ .

وغيرهما من حديث أبي جُحَيفة «أنه اشترى حَجَّاماً فأَمَرَ فَكُسِرَتْ مَحَاجِمُهُ وقال: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم حَرَّمَ ثَمَنَ الدَّمِ وثمنَ الكَلْبِ وكَسْبَ الْبَغِيِّ» وفي الصحيحين[1] وغيرهما أيضاً من حديث أبي مسعود البدري عقبة بن عمر وقال «نَهَى رسولُ الله صلى الله عليه وآله وسلم عن ثَمَن الكلب ومَهْر الْبَغِيْ وحُلْوَان الكَاهِن» وأخرج أحمد وأبو داود[2] بإسناد رجاله ثقات عن ابن عباس قال «نَهَى النَّبي صلى الله عليه وسلم عن ثَمَنِ الكَلْب وقال: إن جَاءَ يَطْلُبُ ثَمَنَ الكَلْب فَامْلَأْ كَفَّه تُرَاباً» وفي صحيح مسلم[3] وغيره عن جابر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْب والسِّنَّوْر» وقد نقل ابن المنذر وغيره الإجماع على تحريم بَيْع الخمر وحكى صاحب فتح الباري[4] الإجماع على تحريم بيع الخِنْزِير، وذهب الجمهور إلى تحريم بيع الكلب وهو الحق، وأما استثناء كلب الصيد فقد استُدِلّ له بما أخرجه النسائي[5] من حديث جابر قال «نَهَى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن ثمن الكلب إِلَّا كَلْب صَيْد» قال في الفتح ورجال إسناده ثقات إلا أنّه طُعِنَ في صحته انتهى، وفي إسناده الحسن بن أبي جعفر[6] قال

---

(١) مهر البغي: المراد ما تأخذه الزانية على الزنا ... والبغي بفتح الباء وكسر الغين وتشديد الياء ... أصله من البغي ... وهو الطلب. غير انه أكثر ما يستعمل في الفساد ... وجاء في المصباح: بغت المرأة ـ تبغي بغاء بالكسر والمد. فجرت فهي بغي والجمع بغايا. وهو وصف مختص بالمرأة ... ولا يقال للرجل بغي. قاله الأزهري. والبغي القينة ـ وإن كانت عفيفة لثبوت الفجور لها في الأصل.

حلوان الكاهن: الحلوان بضم الحاء وتسكين اللام. مصدر حلوته إذا أعطيته نقل الشوكاني عن الفتح: أن أصله من الحلاوة شبه بالشيء الحلو حيث أنه يؤخذ سهلاً بلا كلفة ولا مشقة. والحلوان أيضاً الرشوة. وما يأخذه الرجل لنفسه من مهر ابنته. والكاهن هو الذي يدعي مطالعة علم الغيب. ويخبر الناس عن الكوائن.. وفي معناه التنجيم. والضرب بالحصى ... وغير ذلك ـ مما يتقاضاه العرافون من إستطلاع الغيب. صحيح مسلم ٣/١١٩٨. المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٦٢. المصباح المنير.

(٢) الحديث سكت عنه أبو داود والمنذري والحافظ في التلخيص. ورجاله ثقات لأن أبا داود رواه من طريق عبيدالله بن عمرو الرقي عن عبد الكريم بن مالك الجزري. وهما من رجال الجماعة عن قيس بن حبتر وهو من ثقـات ـ التابعين كما قال إبن حبان. المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٦٢.

(٣) لفظ حديث جابر في مسلم: «سألت جابراً عن الكلب والسنور فقال: زجر النبي صلى الله عليه وآله وسلم عـن ذلك وقد أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وإبن ماجة بلفظ: «أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الهر». وقال الترمذي: غريب ... وقال النسائي: هذا حديث منكر..

وللكلام عن هذا الحديث بقية يجدر بالباحث أن يرجع إليها في نيل الأوطار على المنتقي ٥/١٦٢.

(٤) فتح الباري على الصحيح ٤/٢٨٩. صحيح مسلم ٣/١١٩٩.

(٥) للمحدثين في هذا الحديث مقال ... وقد عقب عليه النسائي فقال: هذا منكر. مسند النسائي ٧/٢٧٢. نيل الأوطار على المنتقي ٥/١٦٣.

(٦) ألحسن بن أبي جعفر الجفري: بصري معروف ... عن نافع وثابت البناني. وعنه إبن مهدي وغيره. قال الفلاس: =

يحيى بن معين ليس بشيء وضعفه أحمد وقال ابن حبان لا أصل له ، وأخرج نحوه الترمذي[1] من حديث أبي هريرة وفي إسناده أبو المُهَزِّم وهو ضعيف بل متروك فلم يصح الاستثناء بدليل تقوم به الحجة ، وإذا عرفت هذا فَبَيْع تلك الأعيان المنصوص عليها في الأحاديث حرام باطل ، ومن جادل في ذلك وأَلْزم بإلزامات مذهبيّة فهو مَنتصب للرد على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، وما لنا ولكون فلان لم يعمل بكذا أو ترك العمل بكذا فلزمه كذا ، فإن هذه المباحثة بالجهل أشبه منها بالعلم واستعمال القواعد الجدلية عند الكلام على الأدلة الشرعية من التلاعب الذي لا يرضاه متدين وإذا جاء نهر الله بطل نهر مَعْقِل ، ولم يَضَع أهل العلم تلك القواعد الجدلية المذكورة في علم المناظرة إلا لتدريب أذهان المتنازعين في علم الرأي[2] ، ورياضة أفهامهم ، ولا يستجيز مسلم أن يثبت بها أحكام الشرع أو يبطلها ومن زعم خلاف هذا ، فمن قصوره أُتِي ومن تَفْريطه أُصيب ، وأما تحريم بيع العذرة وماله حكمها من النجاسات فهو مجمع عليه .

قوله : « وأما الفحل للضّراب » .

أقول : لما في صحيح البخاري[3] وغيره من حديث ابن عمر قال « نَهَى النبيُّ صلى الله عليه وسلم عن عَسَب الفَحْل » ولما في مسلم[4] وغيره من حديث جابر « أَنَّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم نَهَى عن بَيْع ضِرَاب الفَحْل » وفي الباب أحاديث ، والنهي حقيقةٌ في التحريم ، وإلى التحريم ذهب الجمهور وهو الحق ، وأما ما أخرجه الترمذي[5]

= صدوق منكر الحديث . وقال ـ إبن المديني : صعيف ضعيف . وضعفه أحمد والنسائي ... وقال البخاري : منكر الحديث . وقال مسلم بن إبراهيم : كان من خيار الناس رحمه الله . وقال إبن معين ليس بشيء . الميزان ١/٤٨٢ .

(١) أبو المهزم : يزيد بن سفيان ـ صاحب أبي هريرة ... ضعفوه . عداده في أهل البصرة . وهو بكنيته أشهر ضعفه إبن معين . وقال النسائي : متروك وبقية الأقوال فيه مظلمة . نيل الأوطار على المنتقي ٥/١٦٣ . الميزان ٤/٤٢٦ .

(٢) ألمقصود بذلك الفقه النظري الذي يكثر اعتماد أصحابه على الرأي .

(٣) الحديث رواه أيضاً أحمد والنسائي ... وقال الترمذي حسن صحيح .

ولفظ المنتقي : « عن ثمن عسب الفحل » . الصحيح بشرح الفتح ٤/٤٦١ . المنتقي ٥/١٦٥ . مختصر سنن أبي داود للمنذري ٥/٧٦ .

(٤) المقصود بضراب الفحل ... أجرة ضرابه ..... والحديث رواه النسائي أيضاً . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٦٥ . صحيح مسلم ٣/١١٩٧ .

(٥) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٦٥ .

من حديث أنس : « أَنَّ رَجُلاً مِنْ بَنِي كِلَابٍ سَأَلَ النَّبي صلى الله عليه وسلم عن عَسْبِ الفَحْلِ فَنَهاهُ فقال : يا رسول الله « إِنَّا نَطْرُقُ الفَحْلَ فَنُكْرِمُ ، فرَخَّصَ لَهُ فِي الْكَرَامةِ » قال الترمذي : حديث حسن غريب ، فغاية ما فيه أنه يجوز لصاحب الفحل أَنْ يقبل ما أُهْدِيَ إليه من غير اشتراط ، ولا مبايعة ، فلا ينافي أحاديث النهي ، ولا يصرفها عن معناها الحقيقي .

قوله : « وأرض مكة » .

أقول : أعلم أن الأصل في كل شيء أنه يجوز للمالك أن يتصرف فيه بما شاء من أنواع التصرفات كما يفيده قوله عز وجل(١) (هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ ما فِي الْأَرْضِ جَميعاً) وإذا كانت هذه الأعيان المخلوقة الموجودة في الأرض لنفع الناس جاز لهم تملكها ، والتصرف فيها ، كيف شاؤا حتى يقوم الدليل الصحيح الناقل عن حكم الأصل فيجب الرجوع إليه والعمل به ، ولم يستدل المانعون من بيع أرض مكة إلا بقوله عز وجل (٢) (سَوَاءٌ العَاكِفُ فِيهِ والْبَادِ) وهذه الآية محتمِلة لأمرين : أحدهما أَنْ يُراد المسجد فلا يكون فيها دليل للمستدل ، والأمر الثاني أَنْ يُراد ما هو أعم من ذلك والمحتَمِل لا يصلح الاستدلال به ولا تقوم به الحجة لا سيما مع قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح (٣) المتفق عليه « أَنَّ أُسَامة بن زَيْد قال للنبي صلى الله عليه وآله وسلم أَيْنَ تَنْزِلُ غَداً يا رسول الله فقال : وَهَلْ تَرَكَ لَنَا عَقِيلٌ مِنْ رِبَاع » فلو كان البيع باطلاً لأبطله صلى الله عليه وآله وسلم ولم يُنْفذه .

والحاصل أن البيع هو الذي كان عليه عمل أهل الجاهلية ثم عمل عليه أهل الإسلام

---

(١) الآية الكريمة ٢٩ من سورة البقرة .

(٢) الآية الكريمة ... « إن الذين كفروا ويصدون عن سبيل الله والمسجد الحرام الذي جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد . ومن يرد فيه بإلحاد بظلم نذقه من عذاب أليم » الآية ٢٥ من سورة الحج .

« والعاكف هو المقيم الملازم ... والبادي أهل البادية ومن يقدم على - أهل مكة .

(٣) الحديث أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود . المحقق الصعدي على البحر الزخار ٣/٣١٢ . الصحيح بشرح الفتح ٣/٥٤٠ .

بعدهم ، حتى قيل إن الجواز أمر مجمع عليه بين الصحابة لا يختلفون فيه ، فالقائلون بعدم الجواز إن جاؤا بدليل ينتهض للاحتجاج ، ويخلص عن شائبة الاحتمال فذاك ، ولكنهم لم يأتوا بشيء وأما ما يُروى[1] من نَهْيه صلى الله عليه وسلم عن بيع رِبَاع مكة وعن إجارتها فعلى المستدل به أن يصححه ، وإلا كان وجوده كعدمه ، ومع ما ذكرنا مع أن البيع كان عليه عمل أهل الجاهلية الذي ثبت عنه صلى الله عليه وآله وسلم تَقْرِيره[2] وعدم إنكاره وعمل الصحابة رضي الله عنهم في عصره صلى الله عليه وآله وسلم وبعد عصره

---

(١) الحديث رواه الدارقطني عن عبدالله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : إن الله تعالى حرم مكة ... فحرم بيع رباعها . وأكل ثمنها . وقال : من أكل من أجر بيوت مكة شيئاً فإنما يأكل ناراً » .

قال الدارقطني كذا رواه أبو حنيفة مرفوعاً ، ووهم فيه ووهم أيضاً في عبيدالله بن أبي زيد ... أحد رجال سند الحديث ... وإنما هو ابن أبي زياد القداح . والصحيح أنه موقوف ..

« وأسند الدارقطني أيضاً عن عبيدالله بن عمرو ـ قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « مكة مناخ لا تباع رباعها ولا تؤاجر بيوتها .

... وقد حسم الشوكاني ... كعادته ... الخلاف في هذه المسألة فقطع بجواز البيع وكافة التصرفات المباحة .

وقد أثارت المسألة خلافاً قديماً بين الأئمة ... يتضح ذلك من الفصل الذي عقده السهيلي في شرحه للسيرة لابن هشام عن أحكام أرض مكة ، وما ينبنى على اختلاف العلماء فيما إذا كانت فتحت عنوة أم صلحاً . وهل أرضها ملك لأهلها أم لا ؟ .

وأشار إلى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يأمر بنزع أبواب دور مكة إذا قدم الحاج . وأن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عامله بمكة أن ينهي أهلها عن كراء دورها إذا جاء الحاج فإن ذلك لا يحل لهم .

وأن مالكاً ... رحمه الله ... قال : إن كان الناس ليضربون فساطيطهم بدور مكة لا ينهاهم أحد .

كما روى أن دور مكة كانت تدعى السوائب . ... ثم قال السهيلي :

وهذا كله منتزع من أصلين : أحدهما قوله تبارك وتعالى « والمسجد الحرام الذي جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد » . وقال ابن عمر وابن عباس : الحرم كله مسجد .

والأصل الثاني أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم دخلها عنوة ، غير أنه من على أهلها بأنفسهم وأموالهم ... ولا يقاس عليها غيرها من البلاد كما ظن بعض الفقهاء ... فإنها مخالفة لغيرها من وجهتين : أحدهما ما خص الله تعالى به نبيه ... فإنه قال : « قل الأنفال لله والرسول » . والثاني ما خص الله تعالى به مكة ... فإنه جاء : لا تحل غنائمها ، ولا تلتقط لقطتها ، وهي حرم الله تعالى وأمنه ... فكيف تكون أرضها أرض خراج ؟ فليس لأحد افتتح بلداً أن يسلك به سبيل مكة ... فأرضها إذاً ودورها لأهلها ، ولكن أوجب الله عليهم التوسعة على الحجيج إذا قدموها ولا يأخذوا منهم كراء في مساكنها .

فهذا حكمها ... فلا عليك بعد هذا فتحت عنوة أو صلحاً ... وان كانت ظواهر الحديث أنها فتحت عنوة .

ولابن عبد البر في ذلك كلام نفيس يجدر بالباحث أن يرجع إليه . الدرر لابن عبد البر ٢٣٠ الروض الانف ٤/١٠٢ ويراجع القرطبي في تفسير الآية .

(٢) نقل ابن حجر عن الدلودي وغيره في هذا الموطن قوله : كان من هاجر من المؤمنين باع قريبه الكافر دارة .... وأمضى النبي صلى الله عليه وسلم تصرفات الجاهلية تأليفاً لقلوب من أسلم منهم .

كما نقل عن الخطابي قوله : « وعندي أن تلك الدار إن كانت قائمة على ملك عقيل ، فإنما لم ينزلها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لأنها دور هجروها في الله تعالى فلم يرجعوا فيما تركوه » . فتح الباري على الصحيح ٣/٤٥٢ .

فهو أيضاً الذي عليه العمل من أهل الإسلام قرناً بعد قرن وعصراً بعد عصر ، فكيف يقبل في مثل هذا الأمر ما لا تقوم به الحجة ، ولا ينتهض لمعارضته ما هو دون ذلك بمسافات .

قوله : « وما لا نفع فيه مطلقاً » .

أقول : هذا قد أغنى عنه ما تقدم من قوله « وبيع كل ذي نفع حلال جائز » ولكنه أراد هنا أن يستوفي بيان ما لا يجوز بيعه مع أنه أخل بأشياء كثيرة وردت بالمنع من بيعها الأدلة الصحيحة ، ثم وجه عدم جواز بيع ما لا نفع فيه مطلقاً هو كونه من أكل أموال الناس بالباطل ، ومن إضاعة المال ، وقد ورد النهي عن الأول في الكتاب العزيز وورد النهي عن الثاني في الأحاديث الصحيحة والاعتبار بالغالب فإن كان الغالب من الناس لا ينتفع بتلك العين لم يبعها ، فإن قلت قد تدعو حاجة البائع إلى البيع وحاجة المشتري إلى الشراء في الشيء الذي لا نفع فيه عند غالب الناس ؟ قلت : قد صار بهذه الحاجة إلى بيعه وشرائه ذا نفع فيجوز بيعه ، وليس في هذا من الدور الذي زعمه الجلال في شرحه شيء ، لأن جواز البيع ترتب على الحاجة ،ولم تَتَرتب الحاجة على جواز البيع ، وهكذا ترتب عدم جواز بيعه على عدم نفعه ولم يترتب عدم نفعه على عدم جواز بيعه ، ومعلوم أن الدور هو عدم تناهي التوقفات في أمور متناهية وأين هذا منها .

فصل

ولا يَصِحّ في مِلْك لَا قِيمَةَ لَه ، أو عَرَضَ مَا مَنَعَ بَيْعَه مُسْتَمِراً[1] كالوقف أَوْ حَالا كَالطَّير في الهوَاء ولا في حق أو حَمْلٍ أو لَبَنٍ لم يَنْفَصِلَا[2] أو ثمر قبل نَفْعه أو بعدَه قَبْل صَلَاحِهِ ، قيل إلا بشرط القطع ولا بعدهما بشرط[3] البَقَاء ، ولا فيما يخرج شيئاً فشيئاً ،

(١) هذا الفصل معقود لما لا يصح بيعه مما يصح تملكه . فلا يصح البيع في ملك حقير لا قيمة له أو كان له قيمة ... ولكن عرض له ما يمنع بيعه مستمراً كالوقف شرح الأزهار ٣/٣٤ .

(٢) لا يصح البيع في حق من الحقوق كحق الشفعة ، وحق مرور الماء كما لا يصح بيع الحمل الذي لم ينفصل من البطن أو اللبن الذي لم ينفصل من الضرع . المصدر السابق ٣/٣٥ .

(٣) لا يصح بيع الثمر قبل أن يصير إلى حال ينتفع به ... أو بعد أن يبلغ حداً ينتفع به فلا يصح بيعه قبل صلاحه ، وصلاحه أن يأخذ التمر في ألوانه ، وأن يطيب أكثر العنب . المصدر السابق .

ويصح استثناء هذه[1] مدةً معلومة والحقّ مطلقه وَنَفَقه مُستثنَى اللبن على مُشْتَرِيه ، ويمنع إتلافه ، ولا ضمان إن فعل إلا في مستثنى الثَّمر ، ولا في جزء غير مُشاع من حَيّ ، ولا في مُشترَى أو موهوب قبل قَبْضة أو بعده قبل الرؤية في المشترك إلا جميعاً ، ومستحق الخمس والزكاة بعد التخلية إلا المصدق[2] ، ومتى انضم إلى جائز البيع غيره فسد إن لم يتميز ثمنه[3] .

قوله : « ولا يصح في مِلك لا قيمة له » .

أقول : إن كان مع كونه لا قيمة له لا نفع فيه فقد دخل فيما تقدم ، وإن كان فيه نفع فلا يصح قوله لا قيمة له لأنه[4] كل ذي نفع يتعلق به الغرض وما تعلق به الغرض فلا بد أنه يبذل صاحب الغرض المتعلق به فيه من القيمة ما يقابله ويساويه ، وإن كان ذلك يسيراً فليس لذكر مثل هذه الصورة فائدة .

قوله : « أو عَرَضَ مَا مَنَعَ بَيْعَه مُسْتمِرّاً كَالْوَقْف » .

أقول : إنما سمي الوقف وقفاً لكونه يبقى ولا يخرج عن المصرف الذي صرف فيه ، فماهيّة الوقف بذاتها تدل على عدم جواز التصرف فيه ببيع أو نحوه ، ومع هذا فقد ثبت عنه صلى الله عليه وآله وسلم في الصحيحين[5] وغيرهما « أَنّ عمر قال له : يا رسول الله أَصَبْتَ أَرْضاً بِخَيْبَرَ لم أُصِبْ مَالاً قَطّ أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهَا ، فَمَا تَأْمُرُنِي ؟ قال : إنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا » ومن هذا أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال[6] « مَنْ يَشْتَرِي

(١) يصح استثناء هذه الأشياء التي لا يصح بيعها ... وهي الحمل واللبن اللذين لم ينفصلا . والثمر . والذي نخرج شتئاً فشيئاً كالباذنجان : مدة معلومة وأما الحق فيصح استثناؤه مطلقاً . المصدر السابق ٣/٣٨ .

(٢) لا يصح البيع من مستحق الخمس والزكاة ... كالفقير والإمام ... ما لم يقبضا المبيع . ولو كان ذلك بعد التخلية إليهما ... إلا المصدق فان تخلية الزكاة إليه كافية في كمال القبض ... فيصح منه بيعها . المصدر السابق ٣/٤٠ .

(٣) صورة المسألة أن يقول : اشتريت مني هذين العبدين بكذا . . وأحدهما حر أو مكاتب فإن البيع يفسد بحيث لم يتميز ثمن كل منهما فإن تميز ثمن كل واحد منهما صح البيع في العبد دون الحر . المصدر السابق ٣/٤١ .

(٤) الحديث رواه الجماعة عن ابن عمر ... وتمامه كما في المنتقي : « فتصدق بها عمر على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث في الفقراء وذوي القربى والرقاب والضيف وابن السبيل . ولا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف . ويطعم غير متمول » . المنتقي ٦/٢٤ . السنن الكبرى للبيهقي ٦/١٥٥ .

(٥) الحديث مروي عن عثمان وبدايته : « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قدم المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة فقال : « ... الحديث ... وفي نهاية الحديث قول عثمان : « فاشتريتها من صلب مالي » . بدلاً من : « فاشتراها عثمان وجعلها كذلك » . المنتقي ٦/٢٥ .

بئْرَ رُومَهْ فيجْعَل دَلْوَهُ فِيهَا مَعَ دِلَاءِ الْمُسْلِمِينَ بِخَيْرٍ لَهُ مِنْهَا فِي الْجَنَّةِ ؟ فَاشْتَراهَا عُثْمَانُ وَجَعَلَهَا كَذَلِكَ » أخرجه البخاري تعليقاً والنسائي والترمذي وقال حديث حسن ومن ذلك حديث [1] أنه صلى الله عليه وسلم قال « إِذَا مَاتَ الإِنْسَانَ انْقَطَعَ عَمَلُه إِلَّا مِنْ ثَلَاثَة أَشْيَاءَ : صدقَةٍ جَارِيَةٍ أَوْ علم يُنْتَفَعُ بِهِ أَوْ ولَدٍ يَدْعو لَهُ » أخرجه مسلم وغيره ، ووصف هذه الصدقة بأنها جارية لا تنقطع يدل على أن الوقف كذلك ، ولو جاز بيعه لكان خلاف موجبه ، وقد ثبت في رواية [2] للدارقطني مرفوعة في وصف الوقف « أَنَّه حَبِيسٌ مَا دَامت السَّمَوَاتُ والأَرْضُ وفي رواية للبيهقي مرفوعة « تَصَدَّقَ بثمرهِ وَحَبَس أَصْلَه لا يُبَاع ولا يُورث » ومن ذلك ما ثبت في الصحيحين [3] وغيرهما من قوله صلى الله عليه وسلم « أَمَّا خالدٌ فقد حَبسَ أَدْرَاعه وأَعْتُدَهُ في سَبِيل اللهِ » والأمر في هذا أوضح من أن نطوّل الكلام فيه وأما تسويغ بيعه لأصلح منه أو عند خشية تلفه أو عند الانتفاع به فسيأتي الكلام عليه .

قوله : « أو حالاً كالطير في الهواء » .

أقول : قد ثبت بالأحاديث الصحيحة النهي عن بيع الغَرَر [4] وهذا من أعظم أنواعه ، وقد أثبت صلى الله عليه وسلم الغرر فيما هو دون هذا فأخرج أحمد من [5] حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « لا تَشْتَرُوا السَّمَكَ فِي الْمَاءِ فإِنَّه غَرَرٌ » .

---

(١) الحديث رواه الجماعة إلا البخاري وابن ماجة . المنتقي ٦/٢٤ .

(٢) العبارة التي أوردها عن الدارقطني هي من تمام الحديث السابق لابن عمر في الوقف ... كما أن العبارة التي أوردها عن البيهقي كذلك ... وقد علق الحافظ بن حجر على هذا بقوله : وهذا ظاهر أن الشرط من كلام النبي صلى الله عليه وآله وسلم . المنتقي ٩/٢٤ . السنن الكبري للبيهقي ٦/١٦٠ .

(٣) مر الحديث من قبل ص ٧١ جـ ٢ .

(٤) من هذه الأحاديث ما روي عن ابن هريرة : « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر » والحديث رواه الجماعة إلا البخاري . المنتقي ٥/١٦٦ .

(٥) في المنتقي وفي الجامع الصغير أن الحديث مروي عن ابن مسعود ... وقد علق المناوي على الحديث فنقل عن الهيثمي أن أحمد رواه مرفوعاً وموقوفاً وكذا الطبراني ... كما نقل قول ابن حجر أن أحمد رواه مرفوعاً وموقوفاً من طريق زيد بن أبي زياد عن المسيب بن رافع عن ابن مسعود قال البيهقي : فيه إرسال بين المسيب وعبدالله . والصحيح وقفه .
وهناك عدة أحاديث مروية عن ابن عمر في النهي عن بيع الغرر ... يرجع إليها في المنتقي . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٦٦ . الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٦/٤٠٣ .

وشراءُ العبد الآبق من جملة أنواع الغرر وقد ورد النهي عنه في حديث أبي سعيد [1] عند أحمد وابن ماجه والبزار والدارقطني ، وفي إسناده مقال [2] ، ولكن هو مندرج تحت الأحاديث الصحيحة المصرحة بالنهي عن بيع الغَرَر ، لأن ما كان يتعذر تسليمه حال البيع أو الاطلاع على كنهه فهو غرر كثير ، وقد نقل صاحب نهاية المجتهد اتفاق الفقهاء على أن الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز على أن القليل يجوز .

قوله : « وفي حق » .

أقول : المنافع المتعلقة بالأعيان لا وجود لها مستقر بل هي معدومة فبيع مجرد المنفعة [3] دون ما هي متعلقة به ــ وهو الذي يقال له في عرف الفقهاء الحق ــ وهو مندرج تحت بيع المعدوم الذي تقدم النهي عنه فلا يصح بيعه إلا بدليل يخصه ، وقد ورد تجويز الإجارة وهي في الحقيقة متعلقة بالحق ، ولكن هذا التخصيص للعموم يُقصر على محلّه ، ويبقى النهي عما عداه ، كما هو شأن العام والخاص على تقدير دخول هذا الخاص تحت النهي عن بيع المعدوم ، وهو غير مسلم ، فإن الإجارة باب من أبواب المعاملات كالبيع ، فالعجب ممن جعل ما ورد في تجويز الإجارة مخصصاً لبيع المعدوم ثم أَلْحَقَ بيع سائر الحقوق بها ، وجعل ذلك أصلاً يقاس عليه ، وهذا خبط ، وجوابه ما قدمناه ، وحاصله أنا نمنع دخول الإجارة تحت النهي عن بيع المعدوم حتى يقال أنها مخصصة بدليلها منه ، ثم نمنع ثانياً جواز إلحاق بيع الحقوق بهذا الفرد المخصوص ــ على تسليم الدخول والتخصيص ــ فإن هذا إهمال لدلالة العموم بمجرد الخيار المختل .

---

(١) لفظ الحديث كما في المنتقي : عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد قال : « نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع ، وعن بيع ما في ضروعها إلا بكيل ، وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم . وعن شراء الصدقات حتى تقبض ، وعن ضربة الغائص » . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٦٨ .

(٢) ضعف الحافظ بن حجر إسناده ، وشهر بن حوشب الأشعري ... روى عن أم سلمة وأبي هريرة وجماعة وعنه قتادة . وداود بن أبي هند ، وعبد الحميد بن بهرام وجماعة ت ١١١ هـ .... قال ابن معين : ثقة . وقال أبو زرعة : لا بأس به ... وقال إسحق بن المنذر : صدوق ... وقال البخاري : حسن الحديث ، وقال ابن عبدالله العجلي : ثقة شامي وقال ابن حنبل : ليس به بأس . الميزان .

(٣) كانت في الأصل المخطوط : « ما دون ما هي » فحذفت ما ليتسق السياق .

قوله : «أو حَمْل أو لَبَن لم يَنْفَصِلا» .

أقول : المنع من هذا قد دخل تحت أدلة النهي عن بيع الغرر وهذا منه ، لأنه لا يحاط بكنههما قبل خروجهما ، وقد دخلا أيضاً تحت بيع المعدوم لأنهما معدومان ، وقد دخل أيضاً المنع من بيع الحمل تحت الأحاديث المصرّحة بالنهي عن بَيْع الملاقيح [1] والمضامين [2] ، ودخلا جميعاً تحت حديث أبي سعيد [3] عند أحمد وابن ماجة والبزار والدارقطني قال « نَهَى النَّبيّ صلى الله عليه وآله وسلم عَنْ شِرَاء مَا فِي بُطُون الأَنعام حتَّى تَضَع ، وعَنْ بَيْع ما في ضُرُوعها إلا بِكَيْلٍ » ودخل اللبن تحت حديث ابن عباس [4] عند الطبراني والدارقطني والبيهقي « نَهَى رسول الله صلى الله عليه وسلم أَنْ يُبَاع صُوفٌ على ظَهْرٍ أَوْ لَبَنٌ في ضَرْعٍ » ولو لم يرد في المنع من بيع هذين وأمثالهما إلا الأحاديث الصحيحة في النهي عن بيع الغرر ، وفي النهي عن بيع المعدوم لكان في ذلك ما يغني عن غيره ، فليت شعري ما هو الحامل للجلال على التلاعب بالأدلة والتكلف لردها بما هو سَراب [5] بِقِيعة ، وهباء في الهواء ، فإن كان ذلك لمحبته للاعتراض على ما قد وقع تدوينه في هذا الكتاب ، فهذا أمر لا يعجز عنه أحد ، ولكن الرزية كل الرزية أنه صدَّر نفسه للتكلم على أدلة الكتاب والسنة المتعلقة بهذه المسائل ، ثم تجرأ على ردها بما هو أوهن من بيت العنكبوت ، وخبط وخلط وركب الشطط وجاء بأقبح الغلط ، فكان ذلك جناية على الشرع والشارع اللهم غفراً .

قوله : « أو ثمر قبل نفعه أو بعده قبل صلاحه » .

(١) الملاقيح : الأمهات وما في بطونها من الأجنة ... أو ما في ظهور الجمال الفحول جمع ملقوحة وظاهر أنه يقصد المعنى الأول ... يراجع القاموس .

(٢) المضامين : جمع مضمونة ... وأصل المادة من ضمنت الشيء كذا ... جعلته محتوياً عليه ... فتضمنه ... أي فاشتمل عليه واحتوى وحقه ضمن الله أصلاب الفحول النسل فتضمنته ... أي ضمنته وحوته ... ولهذا قيل المولود الذي يولد مضمون ... لأنه من الثلاثي . وجاز أن يقال مضمونة لأنه بمعنى نسمة كما قيل ملقوحة والجمع مضامين . يراجع المصباح .

(٣) مر الحديث قريباً في ص ٤٢ .

(٤) تمام الحديث : « أو سمن في لبن » . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٦٨ .

(٥) السراب : ما يرى نصف النهار في اشتداد الحر كالماء في المفاوز يلتصق بالأرض والقيعة جمع القاع ... مثل جيرة وجار ... وقال أبو عبيدة قيعة وقاع واحد ... والقاع ما انبسط من الأرض واتسع ولم يكن فيه نبت ... وفيه يكون السراب . والتعبير مستمد من الآية الكريمة « (والذين كفروا أعمالهم كسراب بقيعة يحسبه الظمآن ماء حتى إذا جاءه لم يجده شيئاً ») . الآية ٢٩ من سورة النور .

أقول : الأدلة المصرحة بالنهي عن بيع الثّمار قبل صلاحها ثابتة في الصحيحين وغيرهما ثبوتاً أوضح من شمس النهار ، حتى وقع التأكيد لهذا النهي بزيادة لفظ[1] « نَهَى البائعَ والمبْتَاع » ثم ورد بيان الصلاح عن الشارع في حديث أنس[2] في الصحيحين « أَنَّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَرةِ حَتَّى تَزْهَى قالوا : وما تَزْهَى ؟ قال : تَحْمَرّ » ثم أكد ما ورد من النهي بما وقع في حديث أنس هذا في الصحيحين من قوله صلى الله عليه وآله وسلم « إذا مَنَعَ الله الثَّمرة فَبِمَ تَسْتَحِلّ مَالَ أَخِيكَ » فجاء بهذا الاستفهام المتضمن للتقريع والتوبيخ للبائع ، وأنه يستحل مال أخيه إذا باع قبل الصلاح ، ومَنْع الله الثمرة بغير ما يحل به ، وما قاله الدارقطني[3] من أن هذه الزيادة مُدرجة من قول أنس مردود بأنه قد ثبت من حديث[4]. جابر عن مسلم « إنْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَراً فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فلا يَحِلّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ منه شَيْئاً بِمَ تَأْخذُ مالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقّ » وقد أوضحت هذا في الشرح المنتقى ، وكل هذا ظاهر في أن النهي للتحريم ، وأما مشروعية وضع الجوائح[5] فباب آخر ، لأن وضع الجائحة عند وقوعها لا ينافي ما دلّت عليه هذه الأحاديث من تحريم المبايعة ، وتحريم الدخول فيها قبل الصلاح .

وأما قوله : « قيل إلا بشرط القطع » فلا وجه له ، لأن مثل هذا لا يرفع التحريم

---

(١) من الحديث المتفق عليه المروي عن ابن عمر ولفظه كما في بلوغ المرام : « نهى رسول الله عليه وآله وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ...... الخ » . بلوغ المرام بشرح سبل السلام ٣/٤٤ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٩٥ .

(٢) في رواية النسائي : « قيل يا رسول الله » فأفاد أن التفسير مرفوع. بلوغ المرام بشرح سبل السلام ٣/٤٥ المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٩٥ .

(٣) نقل المصنف هذا القول عن الدارقطني في نيل الأوطار كما نقل عنه أيضاً : أن رفعه خطأ . نيل الأوطار على المنتقي ٥/١٩٦ .

(٤) لفظ مسلم : « لو » بدل « إن » والجائحة تجمع على جوائح ... وهي الآفة التي تهلك الثمار والأموال وتستأصلها ... وكل مصيبة عظيمة وفتنة مبيدة . وهي مشتقة من الجوح والاستئصال . صحيح مسلم ٣/١١٩٠ نيل الأوطار على المنتقي ٥/١٩٦ . سبل السلام ٣/٤٦ .

(٥) التعبير هنا ملتزم بلفظ الحديث المروى عن جابر عند أحمد والنسائي وأبو داود : « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وضع الجوائح وفي لفظ لمسلم : « أمر بوضع الجوائح » . والوضع الإسقاط ... تقول : وضعت عنه دينه إذا أسقطته .

وقد اختلف العلماء في وضع الجوائح إذا بيعت الثمرة بعد بدو صلاحها وسلمها البائع للمشتري بالتخلية ثم تلفت بالجائحة قبل أوان الجذاذ .

وللباحث أن يرجع إلى هذه الآراء في نيل الأوطار على المنتقي ٥/٢٠٠ وسبل السلام ٣/٤٦ ... وتهذيب ابن القيم على معالم السنن للخطابي ٥/٤٤ .

الثابت بالأدلة ، وأما قوله « ولا بعدهما بشرط البقاء » فلم يرد ما يدل على أن هذا الشرط مانع من البيع الذي أذِن فيه الشّارع وجعله غاية للنهي ، ومجرد الشرط لا يوجب ذلك ولا يقتضيه ، وقد ثبت في الصحيحين [١] وغيرهما عنه صلى الله عليه وآله وسلم « من ابْتَاعَ نَخْلاً قبلَ أَنْ يُؤَبَّرَ فَثمرتُها لِلَّذي بَاعَهَا إلَّا أَنْ يَشْتَرِط المُبْتَاع ». فإذا كان هذا الشرط غير مؤثّر في بيع النخل فكذا في بيع الثمر .

قوله : « ولا فيما يخرج شيئاً فشيئاً » .

أقول : لا وجه لإطلاق المنع بل يجوز بيع الخارج الأول بعد صلاحه إلا أن يتعذر ذلك بوجه من الوجوه أو يتداخل الحاصل بحيث لا يتميز ما قد صلح منه مما لم يصلح ، فإن بيع ذلك لا يصح لوجهين الأول : أنه من بيع الغرر المنهى عنه كما قدمنا ، والثاني أنه لم يحصل شرط صحة بيع الثمار وهو الصلاح لعدم تميز الصالح . وأما قوله « ويصح استثناء هذه » يعني ما تقدم من قوله « وفي حق » إلى هنا ووجه ذلك أن الاستثناء هو تَبْقيها في ملك بائعها ، وذلك يصح لعدم ورود ما يدل على منعه لأنها كانت للبائع قبل بيع ما هي متعلقة به ، وبقيت بالاستثناء على ملكه ، وإنما احتاجت إلى الاستثناء لئلا يقال قد دخلت تبعاً للمبيع ، ومما يدل على صحة الاستثناء في الجملة ما في الصحيحين [٢] وغيرهما من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « مَن ابْتَاع نخلاً بَعْدَ أَنْ يؤبَّر فثمرتُها للبائِع إلا أنْ يَشْتَرِط المبتاعُ وَمَنْ ابْتَاع عَبْداً فَمَالُه لِلَّذِي بَاعَه إلا أَنْ يَشْتَرِطَ المُبْتَاع » وأخرج نحوه ابن ماجة وعبدالله بن أحمد في زوائد المسند [٣] من حديث عبادة بن الصامت ، وفي إسناده انقطاع .

---

(١) الحديث متفق عليه ... ولفظه في المنتقي وبلوغ المرام وصحيح مسلم : « بعد أن يؤبر » بدلاً من « قبل أن يؤبر » ... وتمام الحديث قد أورده المصنف بعد قليل ... والتأبير .. التشقيق والتلقيح ... وهو شق طلع النخلة الأنثى ليؤبر فيها شيء من طلع النخلة الذكر ... يقال أبرت النخل آبرة أبراً ـ بالتخفيف من باب ضرب وقتل وأبرته بالتشديد أؤبره تأبيراً . المنتقي بشرح نيل الأوطار ١٩٣ بلوغ المرام بشرح سبل السلام ٣/٤٦ . صحيح مسلم ٣/١١٧٣ .

(٢) هو الحديث السابق .

(٣) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٩٤ .

وأما قوله : « مدة معلومة والحق مطلقاً » فوجه التقييد بكون المدة معلومة في غير الحق تتسبب عنها الخصومة والاختلاف ، وأما جواز الاستثناء في الحق مطلقاً فلكون استثنائه لا يؤدي إلى ذلك بل يصير للبائع مطلقاً ، وهذا الفرق بين الحق وغيره معقول ، ولكن الشأن في كون ما يؤدي إلى الخصومة يكون سبباً ، وأما مجرد الشرط فسيأتي في الشروط المقارنة ما يصح منها وما لا يصح .

وأما قوله : « ونفقة مستثنى اللبن على مشتريه » فظاهر لأنه المالك للعين وهكذا : « ويمنع اتلافه » لأنه سيتلف بإتلاف ما هو له شيئاً مستحقاً لغيره .

وأما قوله : « ولا ضمان إن فعل » فلا وجه له بل يجب عليه ضمان مقداره إلى وقت انقضاء المدة المعلومة كما في مستثنى الثمر ، وما أدّعوه من الفرق بين الأعيان والمنافع فهو مجرد رأي ليس عليه دليل ، فالذي أتلف الدابة التي لبنها مستحق لغيره إلى مدة معلومة قد جنى جناية توجب الضمان ، كما لو أتلف الثمر المستثنى إلى مدة معلومة وأما قوله : « ولا في جزء غير مشاع من حي » فوجهه أنه لا يوقف على مقداره فيكون ذلك من بيع الغرر المنهى عنه كما تقدم .

قوله : « ولا في مشترى أو موهوب قبل قبضه » .

أقول : أما في الطعام فالأحاديث في ذلك كثيرة في الصحيحين وغيرهما ، وقد قدمنا بعضاً من ذلك ، وأما في غيره فأخرج أحمد والطبراني[1] في الكبير عن حَكِيم ابن حِزَام قال « قلتُ يا رسول الله إني أشتري بُيُوعاً فما يَحِلّ [لي] منها وما يَحْرُم عليّ ، قال : إذَا اشْتَرَيْتَ شَيْئاً فلا تَبِعْه حَتَّى تَقْبِضَهُ » وفي إسناده العلاء بن خالد الواسطي[2] وقد وثقه ابن حبان ، وأخرج أبو داود والدارقطني والحاكم وابن حبان[3] وصححاه من حديث زيد بن ثابت « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نَهَى أنْ تُبَاع السِّلَع حَيْثُ تُبْتَاع

(١) الزيادة بعد الرجوع إلى لفظ المنتقي ... ويرجع إلى الحديث فيه مع نيل الأوطار ١٧٨/٥ .

(٢) العلاء بن خالد الواسطي : تقدم الحديث عنه ص ١٤ .

(٣) المنتقي بشرح نيل الأوطار ١٧٨/٥ .

حَتَّى يَحُوزَهَا التُّجّار إلى رِحَالهم » فهذان الحديثان يكفيان في التعميم على أن قياس سائر المبيعات على الطعام يكفي لعدم الفارق ، وأما ذكر المصنف للموهوب مع المشتري فلعله يخصصه بما إذا كانت الهبة بمعنى البيع كما سيأتي في الهبات وإلا لزمة إلحاق مثل التمليك والنذر والصدقة .

قوله : « أو بعده قبل الرؤية في المشترك إلا جميعاً » .

أقول : عللوا ذلك بتفريق الصفقة بالبيع على من يريد الفسخ بخيار الرؤية ، وليس هذا مانعاً شرعياً ، ولا ورد ما يدل على منع أحد الشركاء من البيع في مثل هذه الصور ، فللمالك أن يتصرف بملكه كيف شاء ، ولغيره من الشركاء أن يرد نصيبه بخيار الرؤية ، وسيأتي للمصنف في الخيارات كلام في الاختلاف بين المشتركين في الشرك إذا رده بخيار الرؤية بعضهم دون بعض ، والكل مبني على مجرد الرأي وليس عليه أثارة من علم .

قوله : « ومستحق الخمس والزكاة الخ » .

أقول: هذا التضرّب[1] من المصنف رحمه الله عجيب، فإنه أولا ذكر المشتري والموهوب ثم قيده بذلك القيد الذي لا دليل عليه ، ثم خصص هاهنا مستحق الخمس والزكاة ، ولا وجه لهذا التخصيص إلا مجرد الاعتماد على الرأي البحت الذي لا تأثير له ، والذي يحسن من مثله أن يقف على ما يقتضيه الدليل من تخصيص ذلك بالمبيع قبل قبضه ، أو يعتمد على القياس لسائر أسباب الملك بالبيع ، فيشترط القبض في جميعها ، وإن كان هذا القياس غير معمول به هاهنا . ولكنه صار يعتمد على ما هو دون هذا ، ثم تخصيص المصدق بأن التخلية إليه تكفي هو من ذلك الرأي الذي ذكرنا لك ، وقد عرفناك غير مرة أن المصنف رحمة الله في هذا الكتاب مقصوده جمع ما دونه المذاكرون من المسائل الفقهية على أي صفة كان ذلك ، والعجب من مثل الجلال في شرحهلهذا الكتاب ، فإنه إذا رأى المصنف قد دل على كلامه الدليل زحلفة[2] بالرأي وإن رآه قد جاء بكلام لا دليل عليه

(١) ضرب ... بالتضعيف ... الشيء بالشيء « خلطه » .

(٢) زحلفه : دحرجة ومالى به .

بل هو مجرد رأي بحت مشى في الغالب معه وقد يعارضه برأي مثل ذلك الرأي ، وتأمل هذه المسائل في هذا الفصل فقط حتى يتضح لك ما ذكرناه وغالب عمله في شرح هذا الكتاب هكذا .

قوله : « ومتى انضم إلى جائز البيع الخ » .

أقول : لا وجه لهذا الفساد إلا مجرد الرجوع إلى رأي قائل ، واجتهاد عن طريق الحق مائل والحق أنه يصح بيع ما يصح بيعه لأنه تجارة عن تراض ، فقد وجد المصحح وهو التراضي ولم يوجد مانع شرعي ، ووجود المانع في أحد العينين لا يستلزم وجوده في الأخرى ، والتعليل باستلزام الصحة فيما يصح والبطلان فيما يبطل لتفريق الصفقة تعليل عليل مبني على رأي كليل .

فصل

وعَقدُ غيرِ ذي الوِلايةِ[١] بَيْعاً وَشِراءً موقوفٌ ينعقد قِيلَ ولو فاسداً أو قَصَدَ البائعُ عن نَفْسِه مع بقاءِ المُتَعَاقدَيْن والعَقْد[٢] بإجازة مَنْ هي له حَالَ العَقْد غالباً ، أو إجازتها بلفظ أو فِعْل يُفيد التقرير وإن جهل حكمه لا تقدم العقد[٣] ويخيّر لِغَبْن فاحش جَهِله قَبْلها ، قِيل ولا تَدْخل الفَوَائِد ولو مُتَّصِلةً ولا يتعلق حَقّ بفضولي (غالباً) وتَلْحق آخرَ العَقْدَيْن[٤] وينفذ في نصيب العاقد شريكاً (غالباً) .

---

(١) غير ذي الولاية : هو من ليس بمالك للمبيع . ولا وكيل للمالك ولا ولي له وكذا المشتري لغيره من غير ولاية . شرح الأزهار ٣/٤١ .

(٢) من شروط نفاذ العقد مع الإجازة أن تقع الإجازة مع بقاء المتعاقدين وبقاء ـ العقد فلو مات أحد المتعاقدين بطل العقد ... وكذلك لو بطل العقد قبل ـ الإجازة . المصدر السابق .

(٣) إذا فعل فعلاً يفيد التقدير بعد العقد المبرم من غير ذي الولاية ... وهو جاهل لكونه إجازة ... فإنه يكون إجازة وإن جهل حكمه ... إذ لا يتأثر للجهل . المصدر السابق .

(٤) لو باع الفضولي من واحد ثم من آخر فأجاز المالك ...وجب أن تلحق الإجازة آخر العقدين لأن العقد الأول قد بطل بالثاني وصح الثاني بإجازة المالك . المصدر السابق .

قوله : « فصل وعقد غيرِ ذِي الولاية الخ » .

أقول : البائع لمال غيره بغير إذنه لا يُسمى بيعه شرعياً ، ولا هو البيع الذي أُذِن الله به بقوله[1] « تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ » بل هو واقع على صورة تدخل تحت قوله سبحانه[2] « وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطل » فإذا وقعت الإجازة له كانت هي على ما قد عرفناك أنه التَّراضي ، وطِيبة النَّفس وأنه لا يعتبر غير ذلك ، وأما الاستدلال بِشِرَاء عُرْوَة الْبَارِقِيّ[3] فمن وضع الدليل في غير موضعه ، فإنه مأذون بالشراء ، وقد فعل وزاد خيراً ، وأما ما نحن بصدده فلا إذن [فيه] من المالك أصلاً ، وغاية ما يدل عليه حديث عروة أنه يجوز للوكيل المأذون أن يطلب ما فيه مصلحة إذا كان يعرف أن المالك يرضى بذلك ، ومعلوم أن كل عاقل يرضى بمثل هذا العمل الواقع من عروة ويطلبه إن أمكن ، لأنه أرجع الثمن وجاءه بالمطلوب مع كونه مأذوناً له في الجملة ، وبهذا تعرف أن عقد الفضولي لا يصح من أصله لأن رضاه ليس هو الرضا المعتبر في قوله « تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ » فكان فعله كالعدم ، ووقوع البيع عند حصول الرضا من المالك المدلول عليه بالإجازة ، وقد قدمنا لك أنه لا يعتبر شيء من تلك الألفاظ التي جعلوها شروطاً للبيع .

وأما قوله : « ولو فاسداً أو قصد البائع عن نفسه » فمن التصلب في التفريع على ما هو باطل من أصله ومردود من أوله ، وأما قوله : « مع بقاء المتعاقدين والعقد » فلا يخفاك أنه لا عقد ولا متعاقدين بل البيع لم يحصل بشيء مما وقع بغير إذن المالك لعدم وجود الرضا المعتبر في تلك الحالة وعند وجوده بالإجازة هو البيع الشرعي .

وأما قوله : « بإجازة من هي له حَال العقد » فقد عرفناك أن هذه الإجازة هي العقد الشرعي الذي جاء به القرآن ، ولا حكم لشيء مما تقدمها لوقوعه على غير ما أعتبره الشرع ،

---

(١) مرّ ذكر الآية الكريمة ص ١٠ .

(٢) مرّ ذكر الآية ص ٦ .

(٣) شبراء عروة بن أبي الجعد البارقي ... جاء في الحديث المروي عنه : « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أعطاه ديناراً ليشتري به له شاة فاشترى له به شاتين ... فباع إحداهما بدينار وجاء بدينار وشاة ... فدعا له بالبركة في بيعه وكان لو اشترى التراب لربح فيه » ... رواه أحمد والبخاري وأبو داود . وأخرجه الترمذي وابن ماجه والدارقطني . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٠٤ .

وهذا الكلام الذي قررناه وإن كانت أذهان المقلدين تَـنْبُو عنه فهو الحق الذي لا شك فيه ولا شبهة ، فإذا وقع من البائع لفظ أو فعل يُشعر بالرضا فقد وقع منه البيع الشرعي ، فإن وقع الرضا بذلك من المشتري فقد وقع منه الشراء الشرعي ، وأما قوله « وإن جهل حكمه » فلا وجه له بل لا بدّ أن يعلم أن قوله هذا وفعله هو الذي يخرج له المبيع عن ملكه بذلك الثمن الذي وقع التراضي عليه ، وإلا كان من أكل أموال الناس بالباطل وهكذا ..

قوله : « لَا تقدّم العقد » لا وجه له بل مجرد وقوع المشعر بالرضا منه هو البيع الشرعي والعقد المتقدم وجوده كعدمه سواء علمه أو جهله ، وأما قوله : « ويخير لِغَبْن فاحش جهله قبلها » فقد عرفناك أن البيع الشرعي هو الإجازة فلا بد أن يعلم بمقدار الثمن عندها حتى تكون تجارة عن تراض ، وأما ما ذكره من عدم دخول الفوائد للمالك ولم يقع منه البيع ولا حكم لعقد الفضولي ، ولا يؤثر في خروج الفوائد ولا في دخولها ، وقد حكم النبي صلى الله عليه وآله وسلم كما في الصحيحين[1] وغيرهما من حديث ابن عمر « أن مَنْ ابْتَاع نَخْلاً بَعْدَ أَنْ يُؤبّر فثمرتها للبائع إلا أن يَشْتَرط المُبتاع ومن ابتاع عَبْداً فماله للـذي باعه إلا أن يشترط المبتاع » .

وأما قوله : « ولا يتعلق حق بفضولي » فصحيح لأنه لا حكم لما وقع منه فلا يتعلق به شيء ولا يترتب على فعله فائدة على ما قررناه .

وأما قوله : « وتلحق آخر العقدين » فهي كما عرفناك [و] عرفت لا تلحق أولها ولا آخرها .

وأما قوله : « وينفذ في نصيب العاقدشريكاً » فصحيح لأنه قد حصل منه المناط الشرعي ، وهو الرضا ولم يحصل من شريكه فمتى حصل من شريكه كان هو البيع لا ما وقع من بيع الشريك عنه .

(١) مرّ الحديث من قبل ص ١٨ .

فصل

والتَّخْلِيَة لِلتَّسْلِيم قَبْضٌ[1] في عَقْد صَحِيح غَيْرِ موقُوف ، ومَبِيع غَيْرَ معيب ولا نَاقِص وَلَا أَمَانة[2] مقبوض الثَّمن أو في حُكمه بلا مانع مِنْ أَخْذِهِ فِي الحال أو نَفْعه ، ويُقدَّم تَسْليم الثَّمن إن حَضَر المبيع ،ويصحّ التَّوكل بالقبض ولو لِلْبَائع، ولا يقبض بالتَّخْلية[3] والمؤن قبل القَبْض عليه كالنَّفقة ، والفصل ، والكَيْل لا القَطْف والصَّب ولا يجب التَّسْليم إلى مَوْضِع العقد (غالباً)[4] أو مَنزِل المشتري إلا لِعُرف ، ولا يُسلّم الشريك إلا بحضور شريكه أو إذنه أو الحاكم وإلا ضمن إن أَذِنَ ،والقرار على الآخَر إِنْ جَنَى أَوْ عَلِمَ ،ولا يَنْفُذ في المبيع قبل القبض إلا الوقف والعتق[5] ولو بِمَالٍ ، ثم إن تعذَّر الثمن فللبائع فَسْخُ ما لم يَنْفذ واسْتِسْعَاؤه في النافذ بالأقل من القيمة أو الثمن ويَرْجع على المعْتِق ، ومن أُعتق ما اشتراه مِنْ مُشترٍ ولم يَقْبض صَحّ إنْ أَعتقه بعد القبض بأذن الأولين[6] ، أو الثاني موفّراً للثمن ، وإلا فلا ، وما اشترى بتقدير وقع قَبْل اللَّفظ أُعِيد لبيعه حتماً[7] إلا المذروع ويُستحق القبض بإذن البائع مُطلقاً ، أو توفير الثمن في الصحيح ، فلا يمنع منه إلا ذو حق كالمستأجر لا الغاضب والسارق .

قوله : « والتخلية للتسليم الخ) .

أقول : هذه التَّخلية بين المشتري وبين ما باعه البائع منه هي غاية ما يجب على البائع لعدم

---

(١) الفصل معقود لتفصيل قبض المبيع وما يصح قبضه بالتخلية ... وأول هذه الأحكام أن التخلية للتسليم تعتبر قبضاً في المنقول وغير المنقول . وذلك بالشروط التي فصلها بعد ذلك . شرح الأزهار ٣/٤٨ .

(٢) من شرط صحة القبض بالتخلية ألا يكون المبيع أمانة في يد المشتري إذ لا بد ـ حينئذ من تجديد القبض بعد العقد . المصدر السابق ٣/٤٩ .

(٣) إذا كان البائع هو الوكيل بالقبض فإنه لا يصح أن يقبض بالتخلية لأنه أمين . المصدر السابق ٣/٣٥٠ .

(٤) احتراز من أن يجهل المشتري موضع المبيع عند العقد فإنه يجب على البائع تسليمه إلى موضع العقد . المصدر السابق ٣/٥١ .

(٥) لا ينفذ في المبيع قبل القبض شيء من التصرفات ... كالإجازة أو البيع أو الهبة إلا ما كان إستهلاكاً مثل الوقف والعتق . المصدر السابق ٣/٥٢ .

(٦) الأولان : هما البائع الأول والمشتري الذي باع قبل القبض . المصدر السابق ٣/٥٤ .

(٧) ما اشترى بتقدير أي بكيل أو وزن أو عدد وكان الكيل أو الوزن أو العدد وقع قبل العقد وأراد أن يبيعه . أعيد كيله أو وزنه أو عده حتماً . المصدر السابق ٣/٥٥ .

ورود دليل يدل على أنه يجب عليه زيادة على ذلك ، فإذا أتلف المبيع بعد ذلك تلف من مال المشتري لأن البائع قد أخرجه عن ملكه،وفعل ما يجب عليه من تَخْليته للمشتري ،وعلى المشتري إذا أراد أن يبيعه أن ينقله ، للأدلة التي ذكرناها عند قوله : « ولا يتصرف فيه قبل قبضه » فالحاصل أن التخلية قبض باعتبار سقوط الضمان على البائع ، ولا يكون قبضاً يجوز للمشتري التصرف في المبيع بعدها إلا مع النقل ، وأما اشتراط أن يكون العقد صحيحاً فكلام لا يترتب عليه فائدة عند من لم يعتبر ما يعتبرونه من الألفاظ ونحوها ، لأن المراد التراضي المدلول عليه بأي دلالة ، فإذا قد حصل كان البيع صحيحاً وترتب عليه أحكامه ، وإن لم يحصل فلا بيع ، وما ذكره من أشتراط أن يكون غير موقوف لا وجه له لأن الإجازة قد حصلت من مالكه ، فهي البيع لما قدّمنا ، وإن لم يحصل فلا بيع ولا حكم للتخلية أصلاً ولا يترتب عليها حكم قط ، وأما قوله : « في مبيع غير مَعيب ولا ناقص » فإن لم يعلم بذلك المشتري فهو من بيع الغرر وهو باطل ، والرضا المتقدم لا حكم له لأنه رَضِيَ بما لم يعلم بعَيْبه ولا نَقْصه ، فلم يصح البيع من الأصل فضلاً عن أن تصح التخلية ، وأما قوله : « ولا أمانة » فلا وجه له لأن البائع إذا باع من المشتري عيناً هي أمانة عند المشتري انتقلت بالبيع إلى ملك المشتري ، وكونها في يده يغني عن المقابضة ، ولكن هذه من المصنف وأمثاله دَنْدنة[1] حول قواعد فَرْعية هي على شفا جُرف هار لم ترتبط بدليل شرعي ولا عقلي ، وهكذا قوله : « مقبوض الثمن أو في حكمه » فإنه لا وجه له لأن مجرد التراضي على المعاوضة هو المصحح الشرعي ،فإذا قد وقع بريء البائع من عُهدة الضمان بالتّخلية بين المشتري وبين العين ، وإن أمهله بالثمن زماناً طويلاً ، وأما قوله : « بلا مانع من أخذه في الحال » فصحيح ، لأن وجود المانع من القبض يقتضي عدم ثبوت حكمه ، فلا يتبرأ البائع من عُهدة الضمان بذلك .

قوله : (ويقدم تسليم الثمن إن حضر المبيع » .

أقول : إذا تشاجرا في التقديم فلا شك أن المبيع في ملك البائع فلا يجب عليه تسليمه

(١) الدندنة : صوت الذباب والزنانير .

إلا بعد قبض عوضه وهو الثمن ، والمشتري مالك الثمن فلا يجب عليه تسليمه إلا بتسليم العِوض وهو المبيع ، وليس أحدهما بأولى من الآخر في تقديم تسليم ما يملكه قبل أن يسلم الآخر ما يملكه ، فلم يبق وجه للترجيح وحينئذ ينبغي أن يكون الحكم بينهما بأن يكون التسليم من كل واحد منهما عند التسليم من الآخر وتكون المقابضة يَداً بيَدٍ في المنقولات [1] [وتكون في غيرها] بأن يُقر البائع عند الشهود أن تلك الأرض أو الدور قد باعها من المشتري بالثمن المقبوض عند ذلك الإقرار ، وأما قوله : « ويصح التوكيل بالقبض » فصحيح لأنه لم يمنع من ذلك مانع شرعي ولا عقلي ، فهذه الصورة مندرجة تحت أدلة الوكالة ، وكذلك قوله : « ولو للبائع » ويكون التغاير باعتبار جهتي البيع والشراء اعتبارياً وقد تقدم ما شهد لهذا من توليه صلى الله عليه وآله وسلم لِطَرَفَيْ عَقْد النِّكاح [2] وقد قدمنا هناك أيضاً عند قوله : « ولا يتولى الطرفين واحد » ما يقوي هذا وأما قوله : « ولا يقبض بالتخلية » فتخصيص بغير مخصص منقول ولا معقول .

وأما قوله : « والمؤن قبل القبض عليه » فلا وجه له لأنه إذا قد حصل المناط في البيع وهو التراضي فقد صار المبيع ملكاً للمشتري ، ولكن البائع لا يخرج عن عهدة الضمان إلا بالتسليم إلى المشتري أو التخلية الصحيحة .. وأما أنه يلزمه أن ينفق عليه أو يقوم بسائر مؤنه فلا إلا أن يكون التراخي في التسليم من جهته مع طلب المشتري لذلك ، فإنه كالجاني على نفسه بذلك ، وأما ذكره من مؤنة الفصل والكيل والفرق بينهما وبين القطف والصَّب [3] فهذا شيء لم يُبن على شرع بل على عُرف فقط والأعراف مختلفة فيتبع في كل جهة عرفها في هذا وأمثاله ، لأن العرف الجاري المستمر الذي يعلم به البائع والمشتري هو في حكم التراضي عليه . وإن لم ينطقا به ولا ذكراه ، ولهذا قال « ولا يجب التسليم إلى موضع العقد أو منزل المشتري إلا لعرف .

وأما قوله : « ولا يسلم الشريك إلا بأذن شريكه » الخ فصحيح إذا كان لا يمكنه تمييز

---

(١) زيادة اقتضاها المقام لعدم إحكام الربط بدونها .

(٢) يرجع إلى حديث عقبة بن عامر ... وقد مرّ من قبل ص ٣ التعليقات .

(٣) الصب : البذر في لغة أهل اليمن .

نصيبه عن نصيب الشريك ، فإنه حينئذ يصير بالتسليم لنصيبه مسلماً لنصيب شريكه ، وذلك جناية على الشريك ، فلا بد من حضوره أو إذنه أو إذن الحاكم ، وإلا ضمن نصيب الشريك إذا أتلف بهذا التسليم لأن ذلك منه جناية على مال الشريك ولا يكون ذلك إلا مع العلم بأن في ذلك المبيع نصيباً لغيره لا إذا كان جاهلاً لذلك فإنه لا يكون بالتسليم جانياً ، وأما لو جهل ثبوت الضمان عليه بالتسليم مع علمه بأن فيه نصيباً للغير فلا تأثير لهذا الجهل في سقوط الضمان .

قوله : « ولا ينفذ في المبيع قبل القبض إلا الوقف والعتق » .

أقول : الأدلة التي ذكرناها عند قوله ولا يتصرف فيه قبل قبضه ليس فيها إلا المنع من البيع وليس في شيء منها المنع من غيره من سائر التصرفات ، فالوقف والعتق وغيرهما باقيان على أصل الإباحة وإلحاقهما بالقياس على البيع قياس مع الفارق لما في البيوعات للأشياء الربوية من مظنة الربا ، ولهذا كان أكثر النصوص الدالة على المنع من البيع قبل القبض واردة في الطعام كما تقدم .

وأما قوله : « فإن تعذر الثمن فللبائع فسخ ما لم ينفذ » فلا وجه له لأن البائع أحق بمبيعه إذا أفلس المشتري عن الثمن ، ولو كان نفذ قبضه المشتري ، فكيف لا يكون أحق به وهو باق لديه لم يقبضه المشتري وقد دلت السنة الصحيحة[1] بأن مَنْ وجد سلعته عند مُفلس فو أحق بها ، ولا حكم للعِتق والوقف الواقعين من المشتري لأنه لم يتم له الملك ، ولا فرق بين النافذ وما لم ينفذ ولا يجب على العبد شيء بل هو باق في ملك بائعه ،وكل هذه التفاريع وما بعدها منهارة لم ترتبط بدليل عقل ولا نقل .

قوله : « وما اشترى بتقدير وقع قبل اللفظ أعيد لبيعه حتماً » .

---

(١) روي في هذا عدة أحاديث أحدها الحديث الذي رواه الجماعة عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس ـ أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره » . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٧٢ .

أقول : وجه هذا ما أخرجه ابن ماجة والدارقطني والبيهقي [1] عن جابر قال « نَهَى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بَيْع الطَّعامِ حتى يَجْرِي فيه الصَّاعان صَاعُ البائِع وصَاعُ المشتَرِي » وأعل هذا الحديث بأن في إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الفقيه أحد الأعلام، وهو ضعيف الحفظ ولكنه قد رُوي من طريق غير هذه منها عند البزار عن أبي هريرة بإسناد حسن وعن أنس وابن عباس عند ابن عدي بإسنادين ضعيفين جداً كما قال ابن حجر [2] ، ومعنى الحديث أن من أراد بيع الطعام الذي يملكه فلا بد أن يكيله عند البيع ويكيله المشتري عند الشراء ، وأخرج أحمد وعبد الرزاق والشافعي وابن أبي شيبة والبيهقي [3] عن عثمان قال « كُنتُ أَبْتَاعُ التَّمرَ مِنْ بَطْنٍ من اليهود يُقَال لهم بَنُو قَيْنُقَاع وأَبِيعُه بِرِبْحٍ فَبَلَغَ ذلك النبيَّ صلى الله عليه وآله وسلم فقال : يا عثمان إذَا ابْتَعْتَ فَاكْتَل وإذَا بِعْتَ فَكِلْ » قال في مجمع الزوايد : إسناده حسن . انتهى . وقد أخرج البخاري [4] منه كلام النبي صلى الله عليه وسلم بغير إسناد ، ومعنى الحديث هذا من اشترى طعاماً بكيل ثم أراد أن يبيعه فلا يكفيه الكيل الواقع عن شرائه بل لا بد أن يكيله عند بيعه منه إلى مشتر يشتريه منه ، وسبب هذا الأمر منه صلى الله عليه وآله وسلم المخافة من الوقوع في مظنه الربا إذا وقع البيع بعد البيع وكان مثلاً من بيع الطعام بالطعام لتجويز النقص بأي سبب ، وأيضاً مجرد تجويز النقص من غير نظر إلى مظنة الربا يكفي لأنه يصير جزءاً من بيع الغرر ، ولهذا وجب على نفس المتبايعين أن يكيله كل واحد منهما ، وإن لم يبعه إلى آخر كما في الحديث الأول ، وقد ذهب الجمهور إلى أن من اشترى شيئاً مكايلة وقبضه ثم باعه إلى غيره لم يجز تسليمه بالكيل الأول حتى يكيله على من اشتراه ثانياً .

وأما قوله : « إلا الذرع » فإن كانت العلة هي تجويز النقص فذلك كائن في المذروع

---

(١) يرجع إلى حديث جابر وإلى تخريجه في المنتقي بشرح نيل الأوطار . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٨١ .

(٢) فتح الباري على الصحيح ٤/٢٤٠ .

(٣) خرج الشوكاني حديث عثمان بمثل هذا التخريج في نيل الأوطار غير أنه أشار هناك إلى أن رواية الشافعي وابن أبي شيبة والبيهقي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم مرسله ... ثم نقل قول البيهقي : « روي موصولاً من أوجه إذا ـ ضم بعضها إ بعض قوي » . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٨١ . مجمع الزوائد ٤/٩٨ .

(٤) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٨١ .

كما هو كائن في المكيل ، وإن كان التجويز في المكيل أكثر ، وإن كانت العلة مظنة الربا فلا وجود لها في المذروع والقياس الوقوف على محل النص وهو المكيل لعدم وجود ما يقتضي الإلحاق بالقياس إلحاقاً صحيحاً .

قوله : « ويستحق القبض بإذن البائع إلخ » .

أقول : يستحق القبض بوقوع المناط الشرعي وهو التراضي ، لأنه بذلك قد خرج عن ملك بائعه ودخل في ملك مشتريه ، ولكن للبائع حبسه بيده حتى يستوفي ثمنه ، ولا وجه للتفرقة بين صحيح وفاسد فإن المعتبر المناط المذكور .

وأما قوله : « ولا يمنع منه إلا ذو حق » فقد عرفناك فيما تقدم أن الإجارة تبطل بالبيع .

وأما قوله : « لا الغاصب والسارق » فَيَدُهُما يَدُ عُدْوَانٍ وعليهِمَا رده إلى يَدِ مَنْ قد استقر الملك له .

باب الشروط المقارنة للعقد

فصل

يُفسده صريحُها لا الحَالِيّ[1] ومِنْ عَقْدِها ما أقتضَى جَهَالة في البيع كَخِيارٍ مَجْهول المدّة أو صاحبه[2] أو في البيع كَعَلَيّ إرجاحه أو كون البقرة لَبِيناً ونحوه ، أو في الثمن كعَلَيّ إرجاحه ومنه[3] على حَطّ قيمة كذا من الصُّبرة لا كذا من الثمن[4] وعلى أن ما عليك من خراج الأرض كذا شرطاً لا صفة فخالف[5] ومنه شرط الإنفاق من الغلة ولو لمعلومين، أو رفع موجبه (غالباً) كَعَلَي أَنْ لا تَـنْتَفع ، ومنه بقاء المبيع ولو رهناً لا ردّه ، وبقاء الشجرة المبيعة في قرارها مدتها ، وعلى أَنْ يَفْسخ إن شَفَع أو عَلَّقه بمستقبل كعَلَي أَنْ تُغِل أَوْ تحلِب كذا لا على تأدية الثمن ليوم كذا ، وإلا فلا بيع أوْ لا تعلق له به كشرطين أو بيعين في بيع ونحوهما مما نُهِيَ عنه (غالباً) .

قوله : « باب الشروط المقارنة للعقد . فصل : يفسده صريحها لا الحالي » .

---

(١) الصريح ما يكون بأي أداة من أدوات الشرط إلا إذا كان للحال فإنه يصح . ومثلوا له بأن يقول بعت منك هذا إن كان في ملكي . وإن كنت إبن فلانة ... فإن إنكشف حصول ذلك الشرط ثبت البيع . شرح الأزهار ٣/٥٧ .

(٢) يفسد عقد البيع ما اقتضى جهالة كخيار مجهولة المدة ... أو صاحبه مجهول كأن يشرط الخيار لشخص مجهول أو يشرط شرطاً يقتضي جهالة في المبيع . المصدر السابق ٣/٥٨ .

(٣) منه : أي من الجهالة .

(٤) إذا شرط على المشتري حط قيمة كذا رطلاً من تلك الصبرة ونحو ذلك ... فإن هذا يقتضي الجهالة ... أما إذا شرط أن يحط كذا من الثمن فإن العقد يصح . المصدر السابق .

(٥) صورة المسألة أن يقول بعت منك هذه الأرض على أن الذي عليك من خراجها عشرة دراهم مثلاً وقصده دفعه يكون عشرة سواء كان المضروب أقل أو أكثر فإن انكشف أن على ـ الأرض أكثر من عشرة أو أقل فسد العقد . المصدر السابق ٣/٦٠ .

أقول : كون الشرط مفسداً للبيع للواقع عن تراض لا بد فيه من دليل يدل عليه ، ولم يثبت في ذلك إلا حديث عبدالله [1] بن عَمرو عند أحمد وأبي داود والنَّسائي والترمذي أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال « لَا يَحِلّ سَلَفٌ وبَيْع وَلَا شَرْطَان فِي بَيْعٍ » الحديث قال الترمذي : حسن صحيح ، وصححه ابن خُزَيمة والحاكم ومعنى هذا الحديث هو أن يقول البائع بعت منك هذا بكذا إن كان نقداً وبكذا إن كان نسيئة ووجه كون هذا الشرط لا يحل ما يستلزمه من عدم استقرار البيع والتردد بين الطرفين .

ومن هذا القبيل حديث النهي عن الثُّنَيَّا [2] إلا أن تُعلم أخرجه النسائي والترمذي وصححه وأصله في صحيح مسلم بلفظ نهي عن الثُّنيا ومعناه أن يقول بعت منك كذا واستثنى بعضه فإن كان ذلك البعض معلوماً كان البيع صحيحاً وإن لم يكن معلوماً لم يصح البيع للنهي عنه،وهذا وإن لم يكن بلفظ الشرط فوقوع الثّنيا التي لم تُعلم تفيد عدم الاستقرار للبيع . والتردد فيما هو داخل في المبيع وخارج عنه ، وذلك نوع من أنواع الغرر المنهي عنه ، ومما يستلزم الجهالة ، وإذا عرفت أنه لم يُرْو إلا هذان الحديثان فينبغي الحكم لما دل عليه بعدم الصّحة ، ويلحق بهما ما له تأثير في الغرور والجهالة ، وما عدا هذا فلا تأثير له هذا على فرض أنه لم يرد في الشروط الخارجة عما ذكرناه دليل ، فكيف وقد ثبت في الصحيحين [3] وغيرهما من حديث جابر « أنّه كان يَسِيرُ عَلَى جَمَلٍ قد أَعْيَا فَأَرَادَ أَنْ يُسيبَه . قال : ولَحِقَنِي النبي صلى الله عليه وسلم فَدَعَا لِي وَضَرَبَهُ فسَارَ سَيْراً لَمْ يَسِر

(١) تمام الحديث كما في المنتقي : « ولا ربح ما لم يضمن . ولا بيع ليس عندك » ــ وأخرج الحديث أيضاً ابن حبان والحاكم بلفظ : « ولا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع » وهو عند هؤلاء الراوين له من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . وفي أصول المنتقي أن الحديث عن عبد الله بن عمر بن الخطاب ... ولكن أورد الشوكاني في نيل الأوطار تحقيقاً يفيد أن الصواب عبدالله بن عمرو . وقد التزم بهذا في السيل كما ترى . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٠٢ .

(٢) الثنيا بزنة ــ ثريا ــ : الاستثناء ... وقد ورد النهي عن الثنيا في حديث جابر بن عبدالله : « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المحاقلة . و ــ المزابنة والمخابرة وعن الثنيا إلا أن تعلم » ... رواه الخمسة إلا إبن ماجه . وصححه الترمذي . بلوغ المرام بشرح سبل السلام ٣/١٩ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٧١ .

(٣) الحديث متفق عليه وتمامه في الصحيحين : « فلما بلغت أتيته بالجمل فنقدني ثمنه ثم رجعت . فأرسل في أثري فقال : أتراني ماكستك لأخذ جملك ؟ خذ جملك . ودراهمك فهو لك » ... وللحديث ألفاظ فيها اختلاف كثير وفي بعضها طول . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٠١ .

مِثْله . فقال : بِعْنِيهِ فقلت : لا ثم قال : فَبِعْنِيه فبعته واستَثْنَيْتُ حُمْلَانَه إِلَى أَهْلِي » وفي لفظ لأحمد والبخاري « وشَرْطْتُ ظَهْرَهُ إِلَى المَدِينَةِ » .فهذا الحديث يدل على أن الشروط الواقعة من جهة البائع صحيحة إذا لم تستلزم الغَرر والجهالة ، ومن ذلك حديث بَرِيرَة المشهور كما في الصحيحين[1] وغيرهما من حديث عائشة « أَنّها أَرَادَتْ أَنْ تَشْتَرِيَ بَرِيرَة لِلْعِتْقِ فَاشْتَرطُوا وَلَاءَهَا ، فذكَرتْ عائشةُ ذلك لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال : اشْتَرِيها وأَعْتِقِيهَا فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ وَإِن اشْتَرطُوا مِائَةَ شَرْطٍ » وفي صحيح مسلم[2] من حديث ابن عمر وأبي هريرة نحو حديث عائشة ، ففي هذا الحديث دليل على عدم تأثير الشروط المخالفة لما يُوجِبه العقد ويقتضيه،وأنها باطلة في أنفسها لا تصح بوجه،ومما ورد في الشروط الجائزة حديث ابن عمر في الصحيحين[3] وغيرهما قال« ذُكِرَ رَجُلٌ لِرَسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أَنَّه يُخْدع في البيوع فقال : مَنْ بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ » فإن هذا وإن لم يكن بلفظ الشرط ففيه معنى الشرط ، فيصح هذا الشرط ، ولا يبطل به البيع ، فعرفت بمجموع ما ذكرناه أن الشروط الواقعة في العقد لا تقتضي الفساد بل هي إما باطلة في نفسها لكون ذكرها كعدمها أو صحيحة معمول بها هي والعقد إلا ما كان منها مقتضياً للوقوع في الغرر الذي يحصل عنده التردد وعدم العلم بالحقيقة فإن ذلك لا يتحقق معه التراضي الذي هو المناط في المعاملات الشرعية ، وليس عدم الصحة لمجرد الشرط بل لاقتضائه الوقوع في بيع الغرر المنهي عنه حسبما قدمنا .

وبهذا تعرف أن لا فرق في الشروط بين صريحها ومستقبلها وحاليها وعقدها ، فإن كل ما سلم منها من الجهالة الموقعة في بيع الغرر فهو غير مؤثر في المناط الذي هو التراضي ، ولا منع من أن يحصل التراضي على انتقال الملك من ملك البائع إلى ملك المشتري بعد

---

(١) حديث متفق عليه ... ولم يذكر البخاري لفظة « أعتقيها » كما أن العبارة الأخيرة التي أوردها المصنف هنا « وإن اشترطوا مائة شرط » لم يوردها المنتقي في هذا الحديث . وإنما أوردها في حديث آخر لعائشة ... رواه البخاري . ويرجع إلى الحديثين في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٢٠٣ . ٥/٢٠٤ .

(٢) أورد الحديثين في المنتقي . غير أنه علق على حديث ابن عمر بقوله : « رواه البخاري والنسائي وأبو داود . وكذلك مسلم ... لكن قال فيه عن عائشة جعله من مسندها » . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٠٤ .

(٣) حديث متفق عليه ... ولا خلابة ... بكسر الخاء وتخفيف اللام ... أي لا خديعة . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٠٦ .

شهر أو سنة أو أكثر إذا كان مما لا يجوز فيه المصير إلى صفة غير الصفة التي كان عليها عند التراضي ، كالأراضي ونحوها من الأعيان التي لا تتغير بمضي مدة من الزمان عليها ، فإن هذا تجارة عن تراض أباحها الشرع ،ولم يرد ما يدل على المنع منها لا من شرع ولا عقل، وهذا التحقيق يبصرك في جمع ما ذكره المصنف رحمه الله من الصور والأمثلة ، فما كان منها مستلزماً للجهالة في المبيع الموجبة لبيع الغرر فهو ممنوع ، وما لم يكن كذلك فلا اعتبار به ، بل هو إما باطل في نفسه غير مؤثر في البيع ، كالشروط المستلزمة لرفع موجب العقد المخالفة لما يقتضيه ، كما يفيد ذلك حديث بَرِيرة ، أو هو صحيح في نفسه مع صحة العقد ، وهو ما يرجع إليه منها إلى حديث جابر وحديث ابن عمر في شرط عدم الخداع ، فلا نطول الكلام على هذه الصورة التي ذكرها المصنف فإن في هذا البحث ما يغني عن ذلك .

قوله : « كشرطين في بيع أو بيعتين في بيع » .

أقول : أما الشرطان في بيع فقد قدمنا ما ورد في النهي عنه ، وأما البيعتان في بيع فلحديث أبي هريرة عند أحمد وأبي داود والنسائي[1] وصححه قال « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم » مَنْ بَاعَ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ فَلَهُ أَوْكَسُهُمَا أو الرِّبا » وفي لفظ[2] : « نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ » .

وأخرج أحمد بإسناد رجاله ثقات كما قال في مجمع الزوائد[3] من حديث ابن مسعود (قال « نَهَى النَّبِي صلى الله عليه وآله وسلم عن صَفْقَتَيْن في صَفْقَةٍ » قال سِمَاك الراوي

(١) قصر صاحب المنتقي هذا الحديث على أبي داود ... ولم يشر إلى رواية أحمد له ولا إلى النسائي ذلك مع تصحيحه له . وقد علق عليه المنذري في مختصر سنن أبي داود بقوله : في إسناده مجمد بن عمرو بن علقمة ... وقد تكلم فيه غير واحد . والمشهور عن محمد بن عمرو من رواية الدراوردي . ومحمد بن عبدالله الأنصاري : « أنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيعتين في بيعة » وقد بسط الخطابي في معالم السنن الكلام عن هذا الحديث ... فليرجع إليه من شاء . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٧١ . مختصر السنن للمنذري ٥/٩٧ .

(٢) لفظ الحديث هنا هو الذي علق عليه صاحب المنتقي بقوله : رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه وأضاف الشوكاني إلى ذلك ... أن الشافعي أخرجه كما أخرجه مالك في بلاغاته . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٧١ .

(٣) الحديث أخرجه البزار والطبراني في الكبير والأوسط ... وتفسير الشافعي الموافق لتفسير سماك مثل أن يقول : بعتك بألف نقداً . وألفين إلى سنة ... فخذ أيهما شئت أنت وشئت أنا .

والنسا والنساء عكس النقد ... كما هو ظاهر من التفسيرين . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٧١ .

للحديث : « هو الرّجل يَبِيعُ البَيْعَ فيقولُ : هُوَ بِنَساً بِكَذَا أَوْ بِنَقْدٍ بِكَذَا ») وقد وافق سماك على هذا التفسير أحمد والشافعي ، فيكون معنى البيعتين في بيعة والصفقتين في صفقة هو معنى الشرطين في بيع كما قدمنا ، وقد رُوي عن الشافعي تفسير آخر فقال : « هو أَنْ تقول بعْتك ذا العبد بألف على أَنْ تبيعني دارك بكذا » ووجه الفساد هو ما قدمنا في شرطين في بيع مِن استلزام ذلك للجهالة الموجبة للغرر .

فصل

ويَصِحّ منها ما لم يَقْتَضِي الجهالة مِنْ وَصْفٍ للبيع كخِيارٍ مَعْلوم أَوْ للمَبِيع كَعَلَى أنها لَبُون أو تُغِلّ كذا صِفَةً في الماضي[1] ، ويعرف بأول المستقبل مع انتفاء الضار وحصول ما تحتاج إليه[2] أو للثمن كتأجيله أو يصح أفراده بالعقد كأيصال المنزل ، ومنه بقاء الشجرة مدة معلومة وما سوى ذلك فَلَغْو ، وندب الوفاء ، ويرجعُ بما حط لأَجله مَنْ لم يُوف له به .

قوله : « ويصح منها ما لم يقتضي الجهالة » .

أقول : هذا صحيح لما قدمنا وما ذكره من الأمثلة صحيح أيضاً ، وكذلك قوله وما سوى ذلك فلغو ووجه كونه لغوا هو ما قدمناه في أول الباب . هذا وأما قوله « وندب الوفاء » فالظاهر من دليل مطلق الشروط حيث قال صلى الله عليه وآله وسلم[3] « المُؤمنون

---

(١) الفصل معقود لبيان الشروط الصحيحة المصاحبة للعقد ... ويصح منها نوعان : ما لم يقبض بجهالة من وصف للمبيع ... كخيار معلوم ... أو وصف للمبيع لا يقتضي الجهالة . ومثال ذلك ... أن يشترط أنها لبون فيما مضى .أو أن الأرض تغل كذا . وأراد بذلك كونه صفة ثابتة في الزمن الماضي . شرح الأزهار ٣/٦٥ .

(٢) يعرف حصول الوصف بأن تغل مثل ذلك في أول المرة المستقبلة مع سلامة حالها وانتفاء الضار في تلك المدة . وحصول ما تحتاج إليه مما تعتاده . المصدر السابق .

(٣) الحديث مروى عن عمرو بن عوف ... ولفظه كما في المنتقي : « الصلح جائز بين المسلمين . إلا صلحاً حرم حلالا أو أحل حراماً » . رواه أبو داود وابن ماجة والترمذي وأخرجه الحاكم وابن حيان وزاد الترمذي : « المسلمون على شروطهم » إلى آخر الحديث ... وهو هناك بلفظ « على » بدلاًمن « عند » . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٨٦ .

عِندَ شُروطِهِمْ » أنه يجب الوفاء بها جميعها إلا ما استثناه الحديث من قولــه « إلا شَرْطاً أَحَلّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالاً » وأما كونه يرجع بما حطّ لأجله من لم يوف له به فظاهر لأن ذلك الحط مقيد بحصول الشرط .

باب الربويات

فصل

إذا اختلف المالان فَفِي الجِنس والتقدير بالكيل والوزن يجوز التَّفاضلُ والنساء وفي أحدهما ، أو لا تقدير لهما التفاضلُ[1] فقط إلا الموزون بالنقد فكلاهما ، ونحو سفرجل برمان سَلَماً فإن اتفقا فيها اشترط : المِلْكُ والحُلُولُ وتيقّنُ التَّساوي حال العَقْد والتَّقابضُ في المجلس وإن طال أو انتقل البيّعان أَو أُغمى عليهما أو أَخَذ رهناً أَوْ إحالة أو كفالة ما لم يَفْترقا إلا المتدرِّك[2] ، وما في الذمة كالحاضر والحبوب أجناس ، وكذلك الثمار واللحوم أجناس ، وفي كل جنس أجناس ، والألبان تتبع اللحوم ، والثياب سبعة ، والمطبوعات[3] ستة فإن اختلف التقدير اعتبر بالأغلب في البلد ، فإن صحب إحدى المثلين غيره ذو قيمة غلب المنفرد ولا يلزم إن صحبهما ، ولا حضور المصاحب ، ولا المصاحبين (غالباً)[4] .

قوله باب الربويات : « إذا اختلف المالان في الجنس والتقدير بالكيل والوزن يجوز التفاضل والنساء » .

---

(١) إذا اختلف المالان في الجنس أو في التقدير ... أو لا تقدير لهما بكيل أو وزن ... فإنه يجوز التفاضل فقط . ولا يجوز النساء . شرح الأزهار ٣/٧١ .

(٢) المتدارك : الكفيل .

(٣) يقصد بالمطبوعات التي تلينها النار . وتجري عليها المطارق . وهي ستة : الذهب . والفضة . والنحاس . والرصاص . والشبة ... وهو نوع من الصفر يشبه الذهب . والحديد . المصدر السابق .

(٤) لا يلزم التغليب لأحدهما على جنسه إن صحبهما جنس آخر ... وحيث يغلب المتعدد لا يلزم حضور ذلك المصاحب للجنس الآخر لأنه مخالف لمقابله في الجنس ... وكذلك إذا كان مع كل واحد من المثلين مصاحب فإنه لا يلزم حضور المصاحبين في مجلس العقد غالبا . وهو احتراز من بعض الصور . المصدر السابق ٣/٧٥ .

أقول : قد أشار المصنف ها هنا إلى ثبوت الربا في كل مالين اتفقا جنساً وتقديراً ، ثم خص التقدير بالكيل والوزن ، وهذا هو أحد الأقوال في تعيين العلة التي تقتضي الربا مع الاتفاق في الجنس ، وقد قيل إنه قال بهذا العترة جميعاً ، وحكى عن أبي حنيفة واصحابه ، واستدلوا على ذلك لذكر النبي صلى الله عليه وآله وسلم للوزن كما في حديث أبي سعيد عند مسلم[1] وغيره بلفظ « لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بالذَّهَبِ وَلَا الوَرِقَ بِالْوَرِقِ إلا وَزْناً بِوَزْنٍ مِثْلاً بِمِثْلٍ سَوَاءً بِسَوَاء » ومثل هذا عند مسلم وغيره[2] من حديث أبي هريرة قال فيه « الذَّهبُ بالذَّهب وَزْناً بِوَزْنٍ مِثْلاً بِمِثْلٍ والفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَزْناً بِوَزْنٍ مِثْــلاً بِمِثْلٍ » وهكذا في حديث فضالة بن عبيد عند مسلم[3] وغيره قال : « لاَ تَبِيعُوا الذَّهَبِ بالذهب إلاّ وَزْناً بِوَزْنٍ » وورد ذكر الكيل في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر[4] قال : « نَهَى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن المُزَابَنَةِ أَنْ يَبِيعَ الرَّجلُ تَمْرَ حَائِطِهِ إنْ كَانَ نَخْلاً بِتَمْرٍ كَيْلاً ، وَإِنْ كَانَ كَرْماً أَنْ يَبِيعَهُ بِزَبِيبٍ [كَيْلاً] وإِنْ كَانَ زَرْعاً أَنْ يَبِيعَهُ بِكَيْلِ طعامٍ » وورد في حديث آخر « لا صَاعَيْن بِصَاعٍ » ولا يخفاك أن ذكره صلى الله عليه وآله وسلم للكيل والوزن في الأحاديث لبيان ما يتحصل به التساوي في الأجناس المنصوص عليها ، فكيف كان هذا الذكر سبباً لإلحاق سائر الأجناس المتفقة في الكيل والوزن بهذه الأجناس الثابتة في الأحاديث ، وأي تعدية حصلت بمثل ذكر ذلك ، وأي مناط استفيد منها مع العلم أن الغرض بذكرها هو تحقيق التساوي كما قال : « مِثْلاً بِمِثْلٍ سَوَاءً بِسَوَاءٍ » وقال الشافعي ومن وافقه : إن العلة هي الاتفاق في الجنس والطعم ، واستدلوا على ذلك

---

(١) الحديث رواه أحمد أيضاً ويرجع إليه في المنتقي ٥/١٢٥ صحيح مسلم ٣/١٢٠٩ .

(٢) وتمام الحديث في صحيح مسلم : « فمن زاد أو استزاد فهو ربا » ... رواه أيضاً أحمد والنسائي . ويرجع إليه في المنتقي ٥/٢١٥ صحيح مسلم ٣/١٢١٣ .

(٣) وبداية الخبر في صحيح مسلم عن فضالة : « كنا مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يوم خيبر نبايع اليهود الوقية الذهب بالدينارين والثلاثة ... فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث . ... ورواه أيضاً النسائي وأبو داود المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٢٥ صحيح مسلم ٣/١٢١٤ .

(٤) الحديث متفق عليه وتمامه كما في المنتقي : « نهى عن ذلك كله » ... والزيادة التي بين القوسين من المنتقي . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٢٤ .

بما ثبت في صحيح مسلم[1] وغيره من حديث مَعْمر بن عبد الله قال : « كُنْتُ أسمع النبي صلى الله عليه وآله وسلم يقول : « الطَّعامُ بالطَّعامِ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، وكان طَعَامُنا يومئذٍ الشَّعِيرُ » وأقول : ذكر النبي صلى الله عليه وآله وسلم الطعامَ فكان ماذا ؟ وأي دليل دل على أنه أراد بهذا الذكر الإلحاق ؟ وأي فهم يسبق إلى كون ذلك هو العلة المعدية حتى تُركَّب على ذلك القناطر ، وتبنى عليه القصور ، ويقال هذا دليل على أن كل ما به طُعم[2] كان بيعه بما به طُعْم متفاضلاً ربا[3] ، مع أن أول ما يدفع هذا الاستدلال ويفت في عضده الذهب[4] والفضة اللذان هما أول منصوص عليه في الأحاديث المصرحة لذكر الأجناس التي يحرم فيها الربا ، ومما يدفع القولين جميعاً أنه قد ثبت في الأحاديث أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ذكر العددي[5] كما في حديث عثمان عند مسلم[6] بلفظ « لَا تَبِيعُوا الدِّينَارَ بالدِّينَارَيْن » وفي رواية[7] من حديث أبي سعيد « وَلَا دِرْهَمَيْنِ بِدِرْهَمٍ » ولم يعتبر العدد أحد من أهل هذين القولين ، ولا من غيرهم ، وقد وافقت المالكية الشافعي في الطعام ، وزادت عليه الإدخار والاقتيات فوسّعوا الدائرة بما ليس بشيء .

والحاصل أنه لم يرد دليل تقوم به الحجة على إلحاق ما عدا الأجناس المنصوص عليها بها ، ولكنه روى الدارقطني والبزّار[8] عن الحسن بن عُبَادة وأنس بن مالك أن النبي

(١) الحديث رواه أحمد أيضاً ... وتمام الخبر أن معمر بن عبد الله : « أرسل غلامه بصاع من قمح . فقال : بعه ثم اشتر به شعيراً ... فذهب الغلام فأخذ صاعاً وزيادة بعض الصاع ... فلما جاء معمراً ـ أخبره بذلك فقال معمر : لم فعلت ذلك ؟ انطلق فرده . ولا تأخذن إلا مثلاً بمثل . فإني كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول : وروى الحديث الذي أورده الشوكاني هنا . فقيل له : فإنه ليس بمثله فقال : إني أخاف أن يضارع .

وهو بهذا يلقي ضوءاً على مناقشة الشوكاني للموضوع ... ومن شاء زيادة إيضاح فليرجع إلى تعليق الشوكاني على الحديث في المنتقى . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٢١٨ . مسلم بشرح النووي ٣/١٢١٤ .

(٢) في المخطوطة : « له » فعدلت بلفظ « به » ... لأنه أنسب للتفسير الفقهي .

(٣) متفاضلاً : حال . وربا خبر كان .

(٤) رأى الشافعي الذي نقله عنه المصنف في نيل الأوطار ... أن العلة في الاتفاق في الجنس والطعم فيما عدا النقدين . نيل الأوطار على المنتقى ٥/٢٢٠ .

(٥) في المخطوطة « العدد » والصواب ما أثبتناه .

(٦) تمام الحديث : « ولا الدرهم بالدرهمين » مسلم بشرح النووي ٣/١٢٠٩ .

(٧) مسلم بشرح النووي ٣/١٢١٦ .

(٨) المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٢١٨ .

صلى الله عليه وآله وسلم قال : « مَا وُزِنَ مِثْلٌ بِمِثْلٍ إِذَا كَانَ نَوْعاً وَاحِداً ، وَمَا كِيلَ فَمِثْلُ ذلك ، فَإِذَا اخْتَلَفَ النَّوْعَانِ فَلَا بَأْسَ بِهِ » وقد ذكره ابن حجر في التلخيص ولم يتكلم عليه وفي إسناده الرَّبيع بن صَبيح[1] قال أحمد : لا بأس به وقال يحيى بن معين : في رواية عنه إنه ضعيف وفي أخرى : ليس به بأس ربما دلّس وقال ابن سعد والنسائي : ضعيف ، وقال أبو زُرعة : شيخ صالح ، وقال أبو حاتم : رجل صالح انتهى ولا يلزم من وصفه بالصلاح أن يكون ثقة في الحديث ، وقال في التقريب : صدوق سيء الحفظ . ولا يخفاك أن الحجة لا تقوم بمثل هذا الحديث لا سيما في مثل هذا الأمر العظيم ، فإنه[2] حكم بالربا الذي هو من أعظم معاصي الله سبحانه على غير الأجناس التي نص عليها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وذلك يستلزم الحكم على فاعله بأنه مرتكب لهذه المعصية التي هي من الكبائر ومن قطعيات الشريعة ، ومع هذا فإن هذا الإلحاق قد ذهب إليه الجمع الجم والسواد الأعظم ، ولم يخالف في ذلك إلا الظاهرية فقط[3] .

وأعلم أن من أعظم الربا وأشده ربا الجاهلية الذي وضعه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ودلت عليه الأحاديث الصحيحة ، وثبت إجماع الأئمة جميعاً على تحريمه ، وهو أن يَحْضر أجلُ الدَّيْن فلا يردّه مَنْ هو عليه فيزيد عليه مَنْ هو له شيئاً ، ويمهله إلى أجل آخر ، فهذا ربا ثابت وإن لم يكن التبايع الكائن في تلك الأجناس المنصوص عليها . ثم أعلم أنه لا ينافي ثبوت ربا الفَضْل في تلك الأجناس[4] ما ثبت في الصحيحين وغيرهما[5]

---

(١) الربيع بن صبيح البصري : مولى بني سعد ... يروى عن الحسن وعطاء وعنه النووي وابن المبارك ووكيع قال ابن حبان : كان من عباد أهل البصرة وزهادهم إلا أن الحديث لم يكن من صناعته فكان يهم فيما يروى كثيراً حتى وقع في حديثه المناكير من حيث لا يشعر ... فلا يعجبني الاحتجاج به إذا انفرد ... وفيما يوافق الثقات فإن اعتُبر به معتبر لم أر بذلك بأساً . المجروحين لابن حبان ١/٢٩٦ . الميزان ٢/٤١ .

(٢) الضمير يعود الى حديث أنس الذي في سنده الربيع بن صبيح .

(٣) المحلى لابن حزم ٨/٤٦٧ .

(٤) ما : فاعل « ينافي » .

(٥) حديث أسامة رواه عنه ابن عباس ... وعلق عليه الخطابي بقوله : هذا محمول على أن أسامة سمع كلمة من آخر الحديث فحفظها فلم يدرك أوله ... كان النبي صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن بيع الجنسين متفاضلاً ... فقال عليه الصلاة والسلام الحديث ... يعني إذا اختلف الأجناس جاز فيه التفاضل إذا كان يداً بيد وإنما يدخلها الربا إذا كانت نسيئة . صحيح مسلم بشرح النووي ٣/١٢١٨ الصحيح بشرح الفتح ٤/٣٨١ .

من حديث أسامة بن زيد مرفوعاً بلفظ « إنَّما الرِّبا فِي النَّسِيئَةِ » زاد مسلم في رواية عن ابن عباس[1] « لَا رِبَا فِيمَا كَانَ يَداً بِيَدٍ » لأنه وقع الاختلاف في الجمع بين هذا الحديث وبين الأحاديث المصرحة بالربا في الأجناس المنصوص عليها إذا لم يكن مثلاً بمثل سواء بسواء، فقيل إن حديث أسامة هذا منسوخ، ولكن النسخ لا يثبت بالاحتمال، ولعل القائل بالنسخ لما بلغه رجوع ابن عباس عن العمل به ظن أنه منسوخ، وقيل معنى قوله: « إنما الربا في النسيئة » الربا الأغلظ الشديد التحريم فيكون من الحصر الادعائي[2]، وهو خلاف الظاهر، والأولى أن يقال: إن حديث « إنما الربا في النسيئة » دل بمفهومه على نفي ربا الفضل في الأجناس المنصوص عليها وفي غيرها، وأحاديث ربا الفضل المنصوص عليه في الأجناس المنصوص عليها مخصِّصة لهذا العموم، وأيضاً الأحاديث الدالة على تحريم ربا الفضل تدل على ذلك بمنطوقها ودلالة المنطوق أرجح من دلالة المفهوم.

وأما رواية مسلم عن ابن عباس بلفظ « لَا رِباً فيمَا كَانَ يَداً بِيَدٍ » فلم يثبت ذلك من قول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، ولو كان ثابتاً لبقي عليه ابن عباس ولم يرجع عن قوله، وقد روى الحازمي[3] رجوع ابن عباس واستغفاره عند أن سمع عمر بن الخطاب وابنه عبدالله يُحدثان عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بما يدل على تَحْريم ربا الفضل وقال: حَفِظَا مِنْ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مَا لَمْ أَحْفَظ، ولو سلمنا ثبوت تلك الزيادة عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لكان عمومها المدلول عليه بالنكرة الواقعة في سِياق النَّفي مخصَّص بأحاديث ربا الفضل في تلك الأجناس المنصوص عليها، ولو سلمنا التعارض تنزلاً لكانت الأحاديث المصرحة بربا الفضل أرجح لثبوتها في الصحيحين وغيرهما من طريق جماعة من الصحابة، قال الترمذي: بعد أن ذكر حديث أبي سعيد[4] المصرح بالأجناس المثبت لربا الفضل، وفي الباب عن أبي بكر وعمر وعثمان وأبي

---

(١) روى الحديث ابن عباس عن أسامة بن زيد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. صحيح مسلم بشرح النووي ٣/١٢١٨.

(٢) الحصر الادعائي. أو القصر الادعائي ... يقصد به المبالغة بجعل ما عدا المذكور كأنه معدوم ... كما تقول: ما في المحدثين إلا البخاري.

(٣) يراجع المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢١٦ ـ وفتح الباري على الصحيح ٤/٣٨٢.

(٤) مر حديث أبي سعيد ص ٦٤ ـ ٦٥

وهشام بن عامر والبراء بن أرقم وفُضَالة بن عبيد وأبي بكرة وابن عمر وأبي الدرداء وبلال ، وبما ذكرناه يرتفع الإشكال على كل تقدير ، وقد وقع للجلال في هذا المقام من شرحه لهذا الكتاب من الهذيان الذي جرت به عادته ما لا يخفي بطلانه إلا على فاقد الفهم غير نافذ العرفان ولا ناقد لزائف الكلام .

قوله : « وفي أحدهما أَوْلَا تَقْدِيرَ لهما التفاضُل فقط » .

أقول : أما الأجناس الربوية إذا اختلفت فيدل على جواز التفاضل فيها دون النَّساء ما أخرجه مسلم وغيره[1] من حديث عُبَادة بن الصَّامت عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَالفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ والْبُرّ بالْبُرِّ والشَّعِيرُ بالشَّعِيرِ والتَّمرُ بالتَّمْرِ والمِلْح بالمِلْحِ مِثْلاً بِمِثْلٍ سَوَاءً بِسَوَاءٍ يَداً بِيَدٍ فإذا اخْتَلَفَتْ هذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَداً بِيَدٍ » وفي لفظ لأبي داود والنسائي[2] وابن ماجة « وأَمَرَنا أَنْ نَبِيعَ البُرّ بالشَّعِيرِ والشَّعِيرَ بالبُرّ يَداً بِيَدٍ كَيْفَ شِئْنَا » والإشارة بقوله صلى الله عليه وآله وسلم « فإذا اختلفت هذه الأَصناف » الخ يدل على أنه يجوز فيها مع الاختلاف التفاضل دون النساء ، فلا يجوز مثلاً بيع الطعام بالدراهم إلا إذا كان يداً بيد ، وقد استدل من جوز ذلك بما صح في الصحيحين[3] وغيرهما من حديث عائشة قالت : « اشْتَرَى رسولُ الله صلى الله عليه وآله وسلم مِنْ يَهُودِيّ طَعَاماً بِنَسِيئه وأَعْطَاهُ دِرْعاً له رَهْناً » ولا معارضة بين هذا وبين حديث عُبَادة لإمكان الجمع بأن هذا مخصِّص لاشتراط التقابض بمثل هذه الصورة إذا سلم المشتري رهناً في الثمن ، وقد استدل بعضهم بالإجماع على جواز ذلك من غير تقابض إذا كان الثمن نقداً ، فإذا صح هذا الإجماع كان حجة عند من يرى حجيّته .

---

(١) الحديث رواه أحمد أيضاً . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢١٨ .

(٢) ألفاظ الحديث فيها زيادة ونقص عند الرواة ... واللفظ الذي أورده المصنف لابن ماجة وقال صاحب المنتقي تعليقاً على الحديث : وهو صريح في كون البر والشعير جنسين . مختصر السنن للمنذري ٥/٣٢ سنن ابن ماجه ٢/٧٥٨ المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢١٨ .

(٣) في لفظ من حديث عائشة : « توفي ودرعه مرهونة عند يهودي بثلاثين صاعاً من شعير » ولأحمد والنسائي وابن ماجه مثله من حديث ابن عباس . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٦٣ .

وأما قول الجلال : « إنها زيادة تفرد بها عُبادة فليس من جنس كلام أهل العلم » فإن الزيادة الخارجة من مَخْرج صحيح مقبولة بالإجماع ، وَتَفَرّدُ الصحابي بالرواية حُجة عند جميع المسلمين ، كيف وقدمنا حديث ابن عمر[1] الثابت عند أحمد وأهل السنن مع تصحيح الحاكم له أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم : « إنّي أَبيعُ بالدَّنانِير وآخذ الدَّراهم وأَبيع بالدَّراهم وآخذ الدنانير ، فقال : لَا بَأْسَ أَنْ تأخذَ بسعر يَومِها ما لم تَفْتَرِقا وَبَيْنَكُمَا شَيْء » وأخرجه ابن حِبّان والبيهقي ولم يأت من أعله بحجة مقبولة ، وَسِمَاك[2] إمام حُجة ، وأما جواز التَّفَاضُل فيما لا تقدير له بكيل أو وزن فقد ثبت عند أحمد ومسلم وأهل السنن[3] من حديث جابر « أَنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم اشْتَرَى عَبْداً بِعَبْدَيْن » وثبت في صحيح مسلم[4] وغيره من حديث أنس « أَنّ النبي صلى الله عليه وسلم أَشْتَرَى صَفِيَّةَ بِسَبْعَةِ أَرْؤُسٍ مِنْ دِحْيَةَ الْكَلْبِيّ » وما أظنه يخالف في جواز التفاضل في هذا إذا كان يداً بيد أحد من أهل العلم .

وأما جواز النساء فيه فقد أخرج أحمد وأبو داود والدارقطني[5] من حديث عبدالله ابن عمر وقال : « أَمَرَني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أَنْ أَبْعَثَ جَيْشاً عَلَى إِبْلٍ كانتْ عِنْدي قال : فحملْتُ الناسَ عليْها حتّى نَفَدَت الإِبلُ وَبَقِيَتْ بقيَّةٌ مِن النَّاسِ وقلتُ : يا رسول الله الإبل قد نَفَدَتْ وقَدْ بَقِيَتْ بَقِيَّةٌ مِن النَّاسِ لَا ظَهْرَ لَهُمْ فقال لي : ابْتَعْ عَلَيْنَا

(١) الحديث مر من قبل ص ١٦ .

(٢) هذا رد من أهل الحديث برواية سماك بن حرب له فقد قال الترمذي : لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك بن حرب ... وذكر أنه روى عن ابن عمر موقوفاً . وأخرجه النسائي موقوفاً على ابن عمر أيضاً ... وقال البيهقي : الحديث تفرد برفعه سماك بن حرب ... وقال شعبة : رفعه لنا سماك وأنا أخرقه . مختصر سنن أبي داود للحافظ المنذري ٥/٢٦ ـ نيل الأوطار على المنتقي ٥/١٧٧ .

(٣) لفظ الحديث عند مسلم بسنده عن جابر قال : « جاء عبد فبايع النبي صلى الله عليه وسلم على الهجرة ولم يشعر أنه عبد ... فجاء سيده يريده ... فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « بعنيه » ... فاشتراه بعبدين أسودين ثم لم يبايع أحداً بعد حتى يسأله : « أعبد هو ؟ » » . صحيح مسلم بشرح النووي ٣/١٢٢٥

(٤) روى الحديث أيضاً أحمد وابن ماجه . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٣٠ .

(٥) تمام الحديث بعد قوله : « حتى تنفذ هذا البعث » : ـ

« قال وكنت أبتاع البعير بقلوصين وثلاث قلائص من إبل الصدقة إلى محلها حتى نفذت هذا البعث » ... والقلائص جمع قلوص ... وهي الناقة الشابة . وقد استوفى الشوكاني الكلام عن سند الحديث وهو لا يخرج في جملته عما أورده ـ في السيل ... فليرجع إليه من شاء في نيل الأوطار على المنتقي ٥/٢٣٠ .

إبلاً بِقَلَائِصَ مِنْ إِبِلِ الصَّدَقَةِ إلى مَحِلِّهَا حَتَّى تُنَفِّذَ هذَا البَعْثَ فَلمَّا جَاءَت إِبلُ الصَّدقةِ أَدَّاها رسولُ الله صلى الله عليه وآله وسلم » وفي إسناده محمد بن إسحق وهو إمام وإن كان قد تكلم فيه بعض أهل العلم ، فذلك بغير حق ، وقد رواه البيهقي من غير طريقه وقوى ابن حجر في الفتح إسناد هذا الحديث ولكنه قد عارض هذا الحديث ما أخرجه أحمد وأهل السنن وصححه الترمذي وابن الجارود من حديث الحسن عن سمرة[1] قال : « نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عَن بَيْعْ الحَيَوان بالحيوان نَسيئَة » ، ورجال إسناده ثِقات إلا ما هو مشهور من الخلاف في سماع الحسن من سَمُرة ، وأخرج عبدالله بن أحمد في زوائد المسند[2] من حديث جابر بن سمرة مثله ، وأخرج البزار والطحاوي وابن حِبّان والدارقطني[3] من حديث ابن عباس نحو حديث سَمُرة قال في الفتح : ورجاله ثقاة إلا أنه اختُلِف في وَصْله وإرساله فرجح البخاري وغيره إرساله وقد ذهب الجمهور[4] إلى جواز بيع الحيوان بالحيوان نَسيئة متفاضلاً مطلقاً ، وشرط مالك أَنْ يختلف الجنس ومنع من ذلك مطلقاً مع النسئية أبو حنيفة وأحمد بن حنبل وحمل الشافعي المنع على النسئية من الطرفين ، لأنه من بيع الكالىء بالكالىء ، وهو لا يصح عند الجميع ، وعلى فرض عدم إمكان الجمع فأَحاديث النهي أرجح واصح ولم يُصب مَنْ حمل النهي على المضامين وهي ما في بطون الأنعام كما فعل الجلال ، فإنه حمل الأحاديث على أندر صورة ، وقد ورد النهي عن بيع الملاقيح والمضامين على حدته وهو أعم من أن تشتري بنقد أو عرض ، ولكن محبة الإغراب تأتي بمثل هذا العجاب .

وأما قوله : « المصنف الموزون بالنقد فكلاهما » فقد قدمنا الكلام عليه قريباً .

وأما قوله : « ونحو سفرجل برمان سلما » فليس هاهنا ما يدل على المنع من بيع

---

(١) نقل الشوكاني عن الشافعي قوله تعليقاً على هذا الحديث : هو غير ثابت عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٣١ .

(٢) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٣١ .

(٣) نيل الأوطار على المنتقي ٥/٢٣١ . فتح الباري على الصحيح ٤/٢٨٤ .

(٤) يراجع نيل الأوطار على المنتقي في هذا المقام فقد بسط هناك ما أجمله هنا كما يراجع فتح الباري أيضاً . نيل الأوطار على المنتقي ٥/٢٣٢ فتح الباري على الصحيح ٤/٢٨٤ .

السفرجل بالرمان على أي صفة كان ولا مدخل للربا في ذلك بوجه ، لكونهما لم يكونا من الأجناس التي نص عليها الشارع ولا اتفق التقدير فيهما بالكيل أو الوزن ، ولا اعتبار عند المصنف بالعدد ولا عند غيره .

قوله : « فإن اتفقا فيهما اشترط الملك الخ » .

أقول : هذا كله صحيح ، وأما اشتراط الملك فلكون التصرف في مال الغير بغير إذنه من أكل أموال الناس بالباطل لا من التجارة عن تراض ، وأما اشتراط الحلول فللأحاديث المصرحة باشتراط أن يكون يداً بيد ولحديث[1] « إنَّما الرِّبا في النَّسيئة » وأما تيقّن التساوي حال العقد فللأحاديث المصرحة باشتراط أن يكون مِثْلاً بِمِثْلٍ سواء بسواء ، وأما التقابض في المجلس فلقوله يداً بيد ، ونحو ذلك وإن كان قد أغنى عن هذا القيد قوله : « الحلول » فإنه عدم التأجيل ، ولا يتحقق عدم التأجيل إلا بالتقابض وأما قوله : « وإن طال فما داما في المجلس » فلا فرق بين أن يقفا فيه وقوفاً طويلاً أو قصيراً .

وأما قوله : « أو انتقل البيعان » فمشروط بأن لا يتفرقا أما لو انتقلا متفرقين فقد انقضى المجلس الأول وهما غير متقابضين فلم يكن ذلك القبض الواقع في المجلس الآخر مما يدخل تحت قوله صلى الله عليه وآله وسلم « إلا يداً بيد » وقوله[2] : « إلا هَاءَ وهاءَ » .

وأما قوله : « أو أغمي عليهما أو على أحدهما » فصحيح لأن ذلك عذر مسوغ .

وأما قوله : « أو أخذ رهناً أو إحالة أو كفالة » فباطل مخالف للأدلة مدفوع بها إن أراد أن أحد هذه الأمور يغني عن القبض ، وإن أراد أنه يكفي ذلك ما داما في المجلس كما يفيده قوله : « ما لم يفترقا » فلا حاجة إلى هذه الأمور مع البقاء في المجلس لأن التقابض

---

(١) حديث أسامة بن زيد ـ رواه عنه ابن عباس وقد مر ص ٦٧ .

(٢) مر حديث : « إلا يداً بيد » منذ قليل ص ٦٧ وأما « ها وها » فقد وردت في حديث عمر بن الخطاب المتفق عليه . وفي لفظه كما في المنتقي : « الذهب بالورق ربا ... إلا هاء وهاء ... والبر بالبر إلا هاء وهاء ... والشعير بالشعير إلا هاء وهاء ... والتمر بالتمر إلا هاء وهاء » .

ومعنى هاء وهاء ـ خذ وهات ـ وقيل ـ خذ وأعط ـ وقام ابن مالكٓ هاء اسم فعل بمعنى خذ ... وقال الخليل هاء كلمة تستعمل عند المناولة . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢١٧ .

فيه يكفي من غير توسيط هذه الأمور والتعرض لذكر مفارقة المستدرك لهما مما لا حاجة إليه ولا مدخل له .

قوله : « وما في الذمة كالحاضر » .

أقول : هذه الكلية وإن كان ظاهرها المخالفة للأدلة المشروطة للتقابض المحقق فيمكن أن يستشهد لصحتها بالقرض ، فإن المستقرض دفع مثل الثابت في ذمتهمع عدم وجوده حال القضاء ، فكان ما في ذمته كأنه حاضر ، ولكن لا بد أن يكون ما في الذمة باعتبار أحد المتبايعين والمقابل له حاضر ، وإلا كان من بيع الكالىء بالكالىء كما تقدم .

وأما قوله : « والحبوب أجناس » إلى قوله : « فإن اختلف التقدير » فلا يخفاك أنه لا بد أن يصدق على ما قيل بجنسيته أن أهل اللغة يطلقون عليه ذلك الاسم ، أو يثبت أنه جنس عند أهل الشرع ، وأما مجرد الأعراف والاصطلاحات فلا يتعلق ببيانها كثير فائدة ، ولا يترتب عليها ثمرة إلا في مثل الأيمان وما يلتحق بها فإن كل حالف أو متكلم بكلام لا يقصد في الظاهر إلا عرف قومه واصطلاح أهل بلده ، والمقام مقام ثبوت الربا أو عدمه فلا يُتّكل فيه على ما لا يُسمى ولا يغني من جوع .

قوله : « فإن اختلف التقدير اعتبر بالأغلب في البلد » .

أقول : هذا العرف الغالب لا يثبت به شيء من الأمور الشرعية مثلاً لو جرى عرفهم أن الذهب والفضة يُكالان لم يكن الكيل مصححاً لبيع الجنس بجنسه حتى يقع الوزن ، لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم يقول[1] : « الذَّهَبُ بالذَّهَبِ وَزْناً بِوَزْنٍ مِثْلاً بِمِثْلٍ والفِضَّةُ بالفِضَّةِ وَزْناً بِوَزْنٍ مِثْلاً بمثْلٍ » وهكذا لو جرى عرفهم أن البُر أو الشعير يوزنان لم يجز بيع الجنس بجنسه حتى يعرف التساوي بينهما بالكيل ، ومن قال إن الاتفاق في التقدير بالكيل والوزن موجِب لثبوت الربا كما سبق لم يكن مجرد كيل بلد أو وزنها مقتضياً لذلك ، لأنه قد رتب على هذا أمر شرعي ، ولو كان مثل ذلك مسوغاً لإثبات الأحكام الشرعية لكان

(١) يرجع إلى حديث عبادة بن الصامت ... وقد مر الحديث ص ٦٨ .

الربا في الشيء ثابتاً في بلد وغير ثابت في أخرى ، وإنما يثبت بذلك حمل ما يصدر من أهل البلد في المجاوزة عليه ، لأنه الذي يتعلق به القصد لهم ، وأما مثل صاع الفطرة وأوساق الزكاة فالاعتبار بمكيال المدينة في المكيل ، وهكذا الاعتبار في مثل قوله صلى الله عليه وآله وسلم[1] « فِي خَمْسِ أَوَاقٍ صَدَقَةٌ » وفي الدِّية ونصاب السرقة ونحو ذلك بميزان مكة ، لما أخرجه أبو داود والنسائي والبزار وابن حِبان والدارقطني وصححاه[2] من حديث ابن عمر « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « المِكْيَالُ مِكْيَالُ أَهْلِ المَدِينَةِ والوَزْنُ وَزْنُ أَهْلِ مَكَّةَ » ورواه أيضاً أبو داود[3] من حديث ابن عباس وأخرجه أيضاً الدارقطني عن ابن عباس من طريق أبي أحمد الزّبيري عن سفيان عن حنظلة عن طاوس عنه ، وأخرجه عنه ومن طريق أبي نُعيم عن الثوري عن حنظلة عن سالم بدل طاوس قال الدارقطني أخطأ أبو أحمد[4] فيه .

وإذا تقرر لك أن الاعتبار في الأمور الشرعية بمكيل المدينة ، ووزن مكة عرفت أنه لا اعتبار بما يخالف ذلك وأن أطبق عليه الأكثر أو الأغلب ، بل يعتبر في الأمور العرفية ما جرى به العرف في البلد ، فإن اختلف كان الاعتبار بالأغلب لما تقدم ، فكلام المصنف لا يصح إلا من هذه الحيثية وبهذا الاعتبار فمن حلف مثلاً لا أكل موزوناً لم يحنث إلا بما هو موزون في بلده لأنه المقصود له عند حلفه ولا يتصور غيره .

قوله : « فإن صب أحد المثلين » إلى آخر الفصل .

أقول : هذه المسائل التي يسمونها مسائل الاعتبار[5] مردودة مدفوعة بالنسبة الصحيحة الصريحة دفعاً أظهر من شمس النهار ، وأجل من عمود الصباح ، أما أولاً فبالأحاديث

---

(١) مر الحديث في باب الزكاة وهو من حديث أبي سعيد عند البخاري ومسلم ولفظه هنا مختصر ويراجع الجزء الثاني ص ١٥ .

(٢) الحديث سكت عنه أبو داود والمنذري . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٢٣ . مختصر سنن أبي داود للمنذري ٥/١٢ .

(٣) مختصر سنن أبي داود للمنذري ٥/١٤ .

(٤) نيل الأوطار على المنتقي ٥/٢٢٤ .

(٥) سميت مسائل الاعتبار لما كان يعتبر فيها زيادة الجنس المنفرد ... وهي ثابتة عند الهادوية إذا لم تقصد الحيلة في الزيادة .. حاشية مختصر ابن مفتاح ٣/٧٦ .

المتواترة المشتملة على أن تلك الأجناس لا تُباع إلا مثل بمثل سواء بسواء ، فانضمام ما ليس من جنس أحد المتساويين إلى أحدهما لا يسوغ أن يكون الجنس المقابل له أكثر قدراً منه ، ولو بلغ في القيمة ما بلغ ، ووصل في النفاسة وارتفاع الجنس إلى أبلغ غاية ، وأما ثانياً فحديث القِلادة الذي أخرجه مسلم[1] وغيره وصححه جماعة من الأئمة من حديث فَضَالة بن عُبَيد قال : « اشْتَرَيْتُ قِلَادَةً يومَ خَيْبَر بِاثْنَيْ عَشَرَ دِينَاراً فِيهَا ذَهَبٌ وخَرَزٌ فَفَصَلْتُها فَوَجَدْتُ فِيهَا أَكْثَر مِن اثْنَيْ عَشَرَ دِينَاراً ، فذكرتُ ذلك للنبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال : لا يُبَاعُ حَتَّى يُفْصَل » وفي لفظ[2] أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « لَا ، حَتَّى تُمَيِّزَ بَيْنَهُ وبَيْنَه » فقال : إنَّما أَردت الحِجَارَةَ ؟ فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : « لا . حتَّى تُمَيِّزَ بَيْنَهُمَا » وقد أخرجه الطبراني في الكبير من طرق كثيرة جداً يدل[3] أبلغ دلالة على أن هذه المسائل مخالفة للشريعة المطهرة مضادة لها ، وتنادى بأعلى صوت أن مثلها يستلزم تحليل ما حرم الله من الربا الذي توعد عليه بالحرب منه ، واتفق المسلمون على تحريمه ، وأنه من كبائر الذنوب ، والعجب ممن يزعم من أهل الإنصاف كالمقبلي أنها إذا طابت أنفس المتعاملين لذلك ورضيا به كان من البيع المأذون فيه ، فإن هذه غفلة عظيمة للعلم ، لأن الله سبحانه لم يجعل للتراضي فيما هو ربا أو وسيلة إلى الربا حكماً يحلل هذا الحرام البحت ، والكبيرة العظيمة . وأما تأويل حديث القِلادة هذا بأنه وجد فيها ذهباً أكثر من شرائها به فلم يكن المُنْفرد غالباً كما فعل الجلال في شرحه لهذا الكتاب ، فتأويلٌ زائف ، وقد ذهب إلى العمل بحديث القلادة كثير من السلف الصالح ، وإليه ذهب مالك والليث وأحمد وإسحق وغيرهم وهو الحق الذي لا شك فيه ولا شبهة .

---

(١) الحديث رواه أيضاً النسائي وأبو داود والترمذي وصححه ... فقال في التلخيص له عند الطبراني في الكبير طرق كثيرة جداً في بعضها : « قلادة فيها خرز وذهب » وفي بعضها « ذهب وجوهر » وفي بعضها « خرز وذهب » وفي بعضها « خرز معلقة بذهب » وفي بعضها « باثني عشر ديناراً » وفي بعضها « تسعة دينارا » وفي أخرى « بسبعة دنانير » ... وأجاب البيهقي عن هذا الاختلاف بأنها كانت بيوعاً شهدها فضالة .

وفصلها : بمعنى فصل ذهبها عن خرزها . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٢٢ .

مختصر أبي داود للمنذري ٥/٢٣ . صحيح مسلم ٣/١٢١٣ .

(٢) اللفظ لأبي داود مع اختصار لا يخرج به عن معناه . سنن أبي داود ٥/٢٣ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٢٢ .

(٣) الجملة الفعلية تقع موقع الخبر للمبتدأ السابق في قوله « فحديث » .

فصل

ويحرم بيعُ الرّطب بالتمر والعنب بالزبيب ونحوهما ، والمزابنة إلا العَرَايا ، وتَلَقِّي الجَلُوبة[1] واحتِكار قوت الآدمِّي ، والبَهِيمَةِ الفاضل عَنْ كِفَايَتِهِ ومَنْ يَمُون إلى الغلّة معَ الحاجة ، وعدمُهُ إلا مع مِثْله[2] فيكلف البيع في القُوتين فقط ، والتفريقُ بين ذَوِي الأَرحام المحارم في الملك حتى يبلغ الصغير ، وإن رضي الكبير والنَّجَشُ والسَّوْم على السَّوم ، والبَيْع على البيع بعد التراضي ، وسلم أو سلف وبَيْع وربْحُ ما اشترى بنقد غَصْب أو ثمنه وبيعُ الشيء بأكثر من سعر يومه لأَجْلِ النَّساء وبأقل مما شرى به إلا من غير البائع ، أو منه غير حيلة أو بغير جنس الثمن الأول أو بقدر ما انتُقِص مِنْ عَيْنِه وفَوَائِدِه الأَصْلِيّة .

قوله : « ويحرم بيع الرطب بالتمر » .

أقول : وجهه ما أخرجه أحمد[3] وأهل السنن وصححه الترمذي وابن خُزَيمة والحاكم كلهم وصححه أيضًا قبلهم ابن المَدِيني من حديث سَعْد بن أبي وقّاص قال : « سمعتُ أنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم يُسْأَلُ عن اشْتِرَاء التَّمرِ بالرّطبِ فقال لِمَنْ حَوْلَهُ : أَيَنْقُصُ الرَّطَبُ إِذَا يَبِسَ ؟ قالوا : نَعَم ، فَنَهَى عَنْ ذلك » .

وأما قوله : « والعنب بالزبيب » فلما سيأتي في الحديث المتفق عليه[4] من تحريمه صلى الله عليه وآله وسلم لبيع الكَرْمِ بالزَّبيب ، والمراد بالكرم العِنب ، ولا علة للمنع من ذلك إلا تجويز النقص وكونه في شجرة لا تأثير له ، فكان محرماً بالنص لا بالقياس على التمر بالرطب ، وأما قوله : « ونحوهما » فالمراد به كل جنس رِبَوِيّ إذا كان بعضه أخضر وبعضه يابساً ، أو بعضه مبلولاً وبعضه غير مبلول ، لعدم العلم بالتساوي فمنعه

(١) من وجوه البيع المحرمة شرعاً أن يتلقى المشتري الجلوبة إلى أسواق المسلمين ليشتريها قبل ورودها . شرح الأزهار ٣/٨٠ .
(٢) يحرم احتكار السلعة المعدومة التي لا توجد إلا مع محتكر مثله المصدر السابق .
(٣) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٢٤ . مختصر أبي داود للمنذري ٥/٣٣ .
(٤) حديث عبدالله بن عمر المتفق عليه في نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة ... وسيأتي .

داخل تحت النصوص المصرحة بقوله صلى الله عليه وآله وسلم[1] : « الا مثلا بمثل سواء بسواء » .

قوله : « والمُزَابَنة إلا العَرَايا » .

أقول : المزابنة[2] بيع التَّمر في النخل بالتمر كما وقع تفسيرها بذلك في الصحيحين وغيرهما بلفظ « وهِيَ بَيْع التَّمْر على رؤوسِ النَّخْل كَيْلاً وبَيْعُ الكَرْم بالزَّبِيبِ كَيْلاً » وهذا التفسير إن صح رفعه قامت به الحجة في تفسير المزابنة ، وإن كان مدرجاً كما قيل فهو يدل على معناه ما في الصحيحين وغيرهما من حديث رَافِع بن خَدِيْج[3] وسهل ابن أبي حَثْمَة « أَنَّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم نَهَى عن المُزَابَنَةِ بَيْعِ الثَّمْرِ بالتَّمْرِ إلَّا أَصْحَابَ الْعَرَايَا » والثَّمر بالثاء المثلثة وقوله بالتمر بالتاء المثناة الفوقية والمراد بالثمر بالمثلثة هو ما كان في النخلة فلا يقال له ثَمَراً إلا ما دام فيها ، وهكذا في الصحيحين[4] وغيرهما من غير حديثهما وقد صرح بذلك مسلم[5] في رواية له فقال : « ثَمَر النَّخْلة » وفي الصحيحين[6] أيضاً من حديث ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نَهَى عَن المُزَابَنَةِ أن يَبِيعَ الرَّجُلُ تَمْر حَائِطِهِ [إنْ كَانَ نَخْلاً] بِتَمرٍ كَيْلاً وإنْ كان كَرْماً أَنْ يَبِيعه

---

(١) يرجع إلى حديث عبادة بن الصامت ... وقد مر ص ٣٢ .

(٢) المزابنة كما في فتح الباري ... مفاعلة من الزبن ... وهو الدفع الشديد ومنه سميت الحرب الزبون ... لشدة الدفع فيها .... وقيل للبيع المخصوص مزابنة كأن كل واحد من المتبايعين يدفع صاحبه عن حقه . أو لأن أحدهما إذا ما وقف على على ما فيه من أراد دفع البيع لفسخه وأراد الآخر دفعه عن هذه الإرادة بإمضاء البيع .

وفي القاموس الزبن بيع كل تمر على شجرة بتمر كيلاً ... والمزابنة بيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر . وعن مالك كل جزاف لا يعلم كيله ولا عدده ولا وزنه أو بيع مجهول بمجهول من جنسه أو هي بيع المغابنة في الجنس الذي لا يجوز فيه الغبن .

وفي حديث جابر المتفق عليه : هي « أن يباع النخل بأوساق من التمر » وفسرت بهذا وبيع العنب بالزبيب كما في الصحيحين .

وجاء في البخاري عن ابن عمر أن المزابنة أن يبيع التمر بكيل إن زاد فلي وإن نقص فعلي ... وفي مسلم عن نافع : « المزابنة بيع تمر النخل بالتمر كيلاً وبيع العنب بالزبيب كيلاً . وبيع الزرع بالحنطة كيلاً ... وكذا في البخاري . يراجع نيل الأوطار على المنتقى ٥/١٩٩ . والقاموس .

(٣) ذكر صاحب المنتقى أن الحديث رواه أحمد والبخاري والترمذي ... وتمامه : هناك : « إلا أصحاب العرايا فإنه قد أذن لهم » ... وزاد الترمذي : « وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل تمر بخرصه » . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٢٢٥ .

(٤) المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٢٢٦ . صحيح مسلم ٣/١١٧١ .

(٥) صحيح مسلم ٣/١١٧١ .

(٦) المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٢٢٤ .

بزَبِيبٍ كَيْلاً وإنْ كان زَرْعاً أنْ يبِيعَهُ بكَيْلِ طَعَامٍ نَهَى عَنْ ذلك كُلِّه » فتقرر بهذا أن المُزَابَنَة بيع ثَمر النَّخلة ما دام فيها ، ومثل ذلك بيع العِنَب في أصوله وبيع الزَّرع قبل قَطْعه بأجناس هذه الثلاثة الأجناس التي قد جفت ويبست ، فإن كل ذلك مُزَابَنة ، ووجه المنع عدم العلم بالتساوي في الجنس الربوي واما العَرَايا[1] فأصلها أن العرب كانت تتطوع على من لا ثمر له كما يتطوع صاحب الشاة أو الإبل بالمَنِيحةِ[2] وهي عطية اللّبن دون الرَّقَبة . قال الجوهري في الصحاح : العَرِية هي النخلة التي يُعْرِيها صاحبها رجلاً محتاجاً بأن يجعل له ثمرها عاماً من عَرَاه إذا قصده انتهى ، فرخّص صلى الله عليه وآله وسلم لمن لا نخل لهم أن يشتروا الرطب على النخل بِخَرْصها تمراً ، كما وقع في الصحيحين[3] وغيرهما من حديث سَهْل بن أبي حَثْمة وكذا في البخاري[4] وغيره من حديث زيد بن ثابت ، وفي لفظ في الصحيحين[5] من حديثه : « رَخَّصَ في العَرِيَّة يأخُذُها أهلُ البَيْتِ بِخَرْصِهَا تَمْراً يأْكُلُونَهَا رُطَباً » وفي لفظ لهما من حديثه[6] : « ولم يُرَخِّصْ فِي غَيْرِ ذَلك » فهذا جائز والذي أخبرنا بتحريم الربا ومنعنا من المزابنة هو الذي رخص لنا في العَرَايا والكل حق وشريعة واضحة وسنة قائمة ، ومن منع من ذلك فقد تعرّض لرد الخاص بالعَلم ولرد الرخصة بالعزيمة ولرد السنة بمجرد الرأي ، وهكذا من منع من البيع وجوز الهبة كما روى عن أبي حنيفة ، ولكن هذه الرخصة مقيدة بأن يكون الشراء بالوَسْق والوَسْقين والثلاثة والأربعة ، كما وقع في حديث جابر[7] عند الشافعي وأحمد وصححه ابن

---

(١) العرايا : جمع عرية ... وهي النخلة يعريها صاحبها غيره ليأكل ثمرتها فيعروها أي يأتيها فعيلة بمعنى مفعولة . يراجع المصباح ونيل الأوطار على المنتقي ٥/٢٢٦ .

(٢) المنيحة : المنحة ... والمنحة في الأصل الشاة ، أو الناقة ـ يعطيها صاحبها رجلاً يشرب لبنها ، ثم يردها إذا انقطع اللبن ... والاسم المنيحة . المصباح .

(٣) لفظ الحديث كما في المنتقي : « نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الثمر بالتمر ... ورخص في العرايا أن يشتري بخرصها يأكلها أهلها رطباً » ... وفي لفظ : « وعن بيع الثمر بالتمر ، وقال ذلك الربا ، تلك المزابنة ... إلا أنه رخص في بيع العرية النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها تمراً يأكلونها رطباً » متفق عليهما . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٢٦ .

(٤) يرجع إلى حديث زيد بن ثابت عند أحمد والبخاري في المنتقي ٥/٢٢٦ .

(٥) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٢٦ .

(٦) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٢٦ .

(٧) لفظ حديث جابر كما في المنتقي : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول حين أذن لأهل العرايا أن يبيعوا بخرصها يقول : الوسق والوسقين والثلاثة والأربعة .

خُزيمة وابن حبان والحاكم فلا يجوز الشراء بزيادة على ذلك .

قوله : (وتلقي الجلوبة » .

أقول : لنهيه صلى الله عليه وآله وسلم عن ذلك كما ثبت في الصحيحين[1] وغيرهما من حديث ابن مسعود : « نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن تَلَقِّي البُيُوع » وفي لفظ من حديث أبي هريرة[2] عند مسلم وغيره « نَهَى النبي صلى الله عليه وآله وسلم أَنْ يَتَلَقَّى الجَلَبُ فَإِن تَلقَّاه إنسان فَابْتَاعَهُ فَصَاحِبُ السِّلْعَةِ بالخِيَارِ إذا وَرَدَ السُّوقَ » . والنهي ثابت في الصحيحين [3] أيضاً من حديث ابن عمر وابن عباس [4] . وقد اختلف أهل العلم هل هذا البيع صحيح أم باطل ، واستدل من قال بأنه صحيح بإثبات الخيار المذكور في الحديث فإنه يدل على انعقاد البيع ، وقالوا أيضاً النهي هنا لأمر خارج لا لِعَيْن البيع ولا لوصفه . ونقول : هذا التلقّي حرّمه الشارع على فاعله بنهيه الثابت بلا خلاف ، فمن زعم أن ما ترتب على هذا الحرام صحيح فقد خالف مقاصد الشرع بمجرد رأي حرره أهل الأصول لا يستند إلى ما تقوم به الحُجة ، وأما إثبات الخيار فهو دليل على أن هذا البيع موكول إلى اختيار صاحبه إن أمضاه مضى ، وإن لم يمضه فوجوده كعدمه ، فهو حجة عليهم لا لهم ، لأن هذا الإمضاء هو الذي وقع به التجارة عن تراض ، وما تقدم منه من الرضا فقد أبطله انكشاف الأمر على غير ما وقع من تغرير المتلقي ، وليس المراد بقوله سبحانه : « تجارة عن تَرَاضٍ » مثل هذا الرضا الناشيء عن التغرير والتلبيس بل الرضا المحقق بلا تغرير وطِيبة النفس الصحيحة .

= والوسق كما في المصباح حمل بعير والجمع وسوق مثل فلس وفلوس .
قال الأزهري الوسق ستون صاعاً بصاع النبي صلى الله عليه وآله وسلم ـ والصاع خمسة أرطال وثلث . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٢٦ .

(١) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٨٨ .

(٢) الحديث رواه الجماعة إلا البخاري . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٨٨ .

(٣) لفظ حديث ابن عمر : « أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : لا يبيع بعضكم على بيع بعض . ولا تلقوا السلع حتى يهبط بها إلى السوق » . الصحيح بشرح الفتح ٤/٣٧٣ .

(٤) لفظ حديث ابن عباس : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد) » . الصحيح بشرح الفتح ٤/٣٧٠ .

قوله : « واحتكار قوت الآدمي والبهيمة » .

أقول : لما ثبت في صحيح مسلم [1] وغيره من حديث مَعْمر بن عبدالله العَدَوِيّ أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « لَا يَحْتَكِرُ إِلَّا خَاطِيءٌ » ولحديث معقل بن يَسَار عند أحمد[2] والترمذي قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم . مَنْ دَخَلَ فِي شَيْءٍ مِنْ أَسْعَارِ الْمُسْلِمِينَ لِيُغْلِيَهُ عَلَيْهِمْ كَانَ حَقًّا عَلَى اللهِ أَنْ يُقْعِدَهُ بِعُظْمٍ مِنَ النَّارِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » ورجاله رجال الصحيح كما قال في مجمع الزوائد : إلا زَيْد بن مُرة أَبو المُعَلَّا[3] قال ولم أجد مَن ترجمة ولحديث ابن عمر عند ابن ماجه وإسحق بن راهويه والدارمي وأبي يَعْلَى والعُقَيْلي[4] والحاكم بلفظ « الجَالِبُ مَرْزُوقٌ والْمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ » وفي إسناده ضعف ، ولحديث ابن عمر عند أحمد وابن أبي شيبة والبزار وأبي يَعْلى والحاكم[5] بلفظ « مَنْ احْتَكَرَ الطَّعَام أَرْبَعِينَ يَوْماً فقد بَرِىءَ مِن اللهِ وَبَرِىءَ اللهُ مِنْهُ » وفي إسناده أَصْبغ بن زيد وكَثير بن مُرة والأول مختلف فيه والثاني كذلك وقد وثق الأول[6] النسائي

(١) تمام الخبر « وكان سعيد يحتكر الزيت » والحديث رواه أيضاً أحمد وأبو داود وأخرجه الترمذي وغيره . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٤٩ .

(٢) في مجمع الزوائد « يقيده » بدلاً من « يقعده » ... الخ . وأخرجه الطبراني في الكبير والأوسط . يراجع مجمع الزوائد ٤/١٠١ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٤٩ . مسند الامام أحمد ٥/٢٧ .

(٣) كان الأصل أن يقول « أبا المعلا » بالنصب إلا أن الرفع على القطع جائز عربية .. وزيد بن مرة ترجم له البخاري في الكبير ... وقال : هو ابن أبي ليلى أبو المعلى مولى بني العدوية البصري ... سمع الحسن ، ورأى أنساً ... روى عنه معتمر ، وأبو داود . قال أبو داود : هو ابن المعلى : أبو المعلى ...... وفي تعليقة على الكبير قالوا : الذي في مسند أبي داود الطيالسي : حدثنا زيد بن أبي ليلى أبو المعلى العدوي ، كما نقلوا أن ابن أبي حاتم وابن معين والطيالسي وثقوه ... وقال أبو حاتم صالح الحديث . وذكره ابن حبان في الثقات . التاريخ الكبير ٣/٤٠٥ .

(٤) حديث ابن عمر أخرجه العقيلي في الضعفاء ، وضعف الحافظ إسناده ... وفي مجمع الزوائد : في إسناده على بن زيد بن جدعان ... وهو ضعيف . نيل الأوطار على المنتقي ٢٤٩ . سنن ابن ماجه ٢/٧٢٨ .

(٥) زاد الحاكم : « وأيما أهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله » وأصبغ بن زيد الواسطي الناسخ كاتب المصاحف من أقران هشيم ـ وثقه ابن معين والدارقطني ، وضعفه ابن سعد . ... وساق له ابن عدى ثلاثة أحاديث وقال : هذه غير محفوظة ولا أعلم روى عنه غير يزيد بن هارون وهو راوي ـ حديث القنوت بطوله ... وقال ابن حبان يخطىء كثيراً . ولا يجوز الاحتجاج به إذا انفرد .

أما كثير ابن مرة الحضرمي الحمصي فهو عالم أهل حمص وكان إماماً عالماً طلابة للعلم أدرك سبعين بدرياً قال النسائي : لا بأس به رحمه الله تعالى . التاريخ الكبير ٧/٢٠٨ . تذكرة الحفاظ ١/٤٩ . الميزان ١/٢٧٠ . المجروحين لابن حبان ١/١٧٤ . نيل الأوطار على المنتقي ٥/٢٤٩ .

(٦) في المخطوطة « إلا » والسياق يشير إلى أن أصلها « الأول » وهو سهو من الناسخ لا شك .

ووثق الثاني أبو سعيد[1] ، وفي الباب أحاديث ، والاحتكار والحُكْرة قد فسرا بِحَبْس السلع عن البيع ، وهذا يدل على تحريم الاحتكار لكل ما تدعو إليه حاجة الناس ، ويؤيد هذا حديث « مَنْ دَخَلَ فِي شَيْءٍ مِنْ أَسْعَارِ المُسْلمين » فإنه يعم كل ما له سعر ، فلا يكون التنصيص على الطعام في بعض الأحاديث مقتضياً لتخصيص تحريم الاحتكار ، لأن ذلك من التنصيص على بعض أفراد العام ، وأيضاً إذا كانت العلة الإضرار بالمسلمين فهو يشمل كل ما يتضررون باحتكاره ، وتدعو حاجتهم إليه ، وإن كان التضرر باحتكار الطعام أكثر لمزيد الحاجة إليه ، ويدخل في ذلك قوت الدواب .

وأما قوله : « الفاضل عن كفايته ومن يمون إلى الغَلة » فقد حكى ابن رسلان [2] في شرح السُّنن الإجماع على جواز ذلك فقال : « ولا خلاف في أن ما يدخره الإنسان من قوت وما يحتاجون إليه من سمن وعسل وغير ذلك جائز لا بأس به » انتهى ، ويدل على ذلك ما ثبت [3] أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كانَ يُعْطِي كُلَّ واحِدَةٍ من أَزواجِهِ مائَة وَسْق مِنْ خَيْبَر » قال ابن رسلان في شرح السنن : وقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يَدّخر لأهله قوت سنتهم من تمر وغيره .

وأما قوله : « مع الحاجة » فهذا القيد لا بد منه لأن إدخار ما لا حاجة للناس إليه لا يضربهم إلا إذا كان فعله لذلك يقضي إلى الغلاء فإنه يتناوله قوله صلى الله عليه وآله وسلم « لِيُغْلِيَه علَيْهم » .

قوله : « فيكلف البيع » .

أقول : هذا صحيح لأنه فاعل لما هو من محرمات الشريعة مع مزيد أن [4] فيه إضراراً

---

(١) نيل الأوطار على المنتقى ٥/٢٥٠ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) في الأصل « كون » فاستبدلنا بها « أن » مع نصب « إضرار » لتقريب العبارة .

(٤) هو مذهب الهادي كما هو مذهب الكثير من الفقهاء . وأيضاً فهم يقولون : من شرط إنكار المنكر أن يكون مجمعاً على تحريمه .

بالمسلمين فلا يجوز تقريره على الحرام ولا يجوز ترك المسلمين يتلهفون من الجوع صيانة لهذا المحتكر الخاطيء المضار للمسلمين ، ولهذا غاقبه أمير المؤمنين علي رضي الله عنه بتحريق طعامه ، وأما قول الجلال هاهنا إلى المنكر هو ما كان دليله قطعياً بحيث لا خلاف فيه فمن ساقط الكلام وزائفه ، فإن إنكار المنكر لو كان مقيداً بهذا القيد لبطل هذا الباب وانسد بالمرة وفعل من شاء ما شاء ، إذ لا محرم من محرمات الشريعة في الغالب إلا وفيه قول لقائل أو شبهة من الشبه ، وسيأتي في هذا الكتاب في السير أنه لا إنكار في مختلف فيه ـ على ما هو مذهب ـ وهو أيضاً باطل من القول وإن كان أقل مفسدة من هذا الكلام .

قوله : « الا التسعير في القوتين » .

أقول : يدل على عدم جواز التسعير القرآن الكريم قال الله عز وجل[1] : ﴿ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ ﴾ فمن وقع الإجبار له أن يبيع بسعر لا يرضاه في تجارته فقد أُجبر بخلاف ما في الكتاب[2] ، وهكذا يدل على عدم جواز التسعير قوله سبحانه وتعالى[3] : ﴿ وَلاَ تأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾ فإن من أُكره على بيع ماله بدون ما يرضى به فقد أُكل ماله بالباطل ، وهكذا يدل على عدم جواز التسعير قوله صلى الله عليه وآله وسلم[4] : « لَا يَحِلُّ مالُ أمْرِيءٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبَةٍ مِنْ نَفْسِهِ » ويدل على عدم جوازه على الخصوص ما أخرجه أحمد وأبو داود[5] والترمذي وابن ماجة والدارمي والبزار وأبو يعلى وصححه الترمذي وابن حبان من حديث أنس « إنّ السِّعْرَ غَلَاءٌ ، فقالوا : يا رسول الله سَعِّرْ لنا فقال : إنَّ اللهَ هو المُسَعِّر القَابِضُ البَاسِطُ وَإِنِّي لأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللهَ وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُم يُطَالِبُنِي بِمَظْلَمةٍ فِي دَمٍ وَلَا مَالٍ » قال ابن حجر وإسناده على شرط مسلم .

ويدل على عدم جوازه على الخصوص أيضاً ما أخرجه أحمد[6] وأبو داود من حديث

(١) تكرر ذكر الآية الكريمة .

(٢) المقصود أنه على خلاف الآية الكريمة التي أوردها .

(٣) الآية الكريمة ٢٨٢ من سورة البقرة ... وقد تقدم ذكرها ص ٦ .

(٤) يراجع المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٠٠ .

(٥) يرجع إلى الحديث مع اختلاف في بعض ألفاظه في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٤٧ .

(٦) نيل الأوطار على المنتقي ٥/٢٤٨ . مختصر السنن للمنذري ٣٥/٩٢ .

أبي هريرة قال : « جَاءَ رَجُلٌ فقال : يا رسول الله سَعِّر . فقال : بل أَدْعُو اللهَ ، ثمَّ جَاء آخَرُ فقال : يا رسول الله سَعِّر ، فقال : بل اللهُ يَخْفِضُ وَيَرْفَعُ » قال ابن حجر وإسناده حسن أيضاً .

ويدل على ذلك أيضاً ما أخرجه ابن ماجة والبزار والطبراني[1] في الأوسط من حديث أبي سعيد بنحو حديث أنس قال ابن حجر : وإسناده حسن أيضاً قال : وللبزار نحوه من حديث عليّ وعن ابن عباس في الطبراني في الصغير وعن أبي جُحَيْفة في الكبير وأغرب ابن الجوزي فأخرجه[2] في الموضوعات عن علي وقال : إنه حديث لا يصح انتهى ، وظاهر هذه الأدلة عدم الفرق بين القُوتين وغيرهما ، لأن الكل يتأثر عنه عدم طِيبة النفس ، ويقع على خلاف التراضي المعتبر ، ولا فرق بين أن يكون في التسعير الرد إلى ما يتعامل به الناس أو إلى غيره فإن الفرق بمثل هذا الفرق هو مجرد رأي ، وملاحظة مصلحة في شيء يخالف الشرع ، وقد أشار صلى الله عليه وآله وسلم في حديث أنس السابق إلى ما يفيد أن في التسعير مظلمة فلا خير ولا مصلحة في مظلمة ، بل الخير كل الخير والمصلحة كل المصلحة في العمل بما ورد به الشرع .

قوله : « والتفريق بين ذوي الأرحام والمحارم » .

أقول : لحديث أبي أيوب[3] عند أحمد والترمذي وحسنه والدارقطني والحاكم وصححه قال : سمعت النبي صلى الله عليه وآله وسلم يقول « مَنْ فَرَّقَ بَيْن وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ القِيَامَةِ » ولحديث أبي موسى[4] عند ابن ماجة والدارقطني بإسناد لا بأس به قال : « لَعَنَ رسولُ الله صلى الله عليه وآله وسلم مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الوَالِدِ وَوَلَدِهِ وَبَيْنَ

---

(١) لفظ حديث أبي سعيد قال : غلا السعر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : لو قومت يا رسول الله ؟ قال صلى الله عليه وسلم : إني أرجو أن أفارقكم ولا يطلبني أحد منكم بمظلمة ظلمته . » سنن ابن ماجه ٢/٧٤٢ .

(٢) الموضوعات لابن الجوزي ٢/٢٣٨ .

(٣) للحديث طرق أخرى عند البيهقي ... وفيها انقطاع . وله طريق أخرى عند الدارمي . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٨٢ .

(٤) يرجع إلى الحديث في المنتقي . وقد علل الشوكاني تعليقه على سند الحديث « لا بأس به » بدفع الاعتراض على اثنين من رواته ـ محمد بن عمر بن الهياج (صدوق) . وطليق بن عمران (مقبول) . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٨٢ .

الأَخِ وَأَخِيهِ » ولحديث عليّ(١) عند أبي داود والدارقطني « أَنَّه فَرَّقَ بَيْنَ جَارِيَةٍ وَوَلَدِهَا فَنَهَاهُ النبيُّ صلى الله عليه وآله وسلم عَنْ ذَلِكَ وَرَدَّ الْبَيْعَ » وقد أعلَّه أبو داود بالانقطاع ولكنه أخرجه الحاكم وصحح إسناده ورجحه البيهقي لشواهده ولحديث عليّ(٢) أيضاً عند ابن ماجة والدارقطني وصحّحه ابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان والحاكم والطبراني وابن القطان قال : « أَمَرَنِي رسولُ الله صلى الله عليه وسلم أن أبيع غلامين أخوين ، فبعتهما وفرقت بينهما ، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : أَدْرِكْهُمَا فَارْتَجِعْهُمَا وَلَا تَبِعْهُما إلا جميعاً » ولحديث أنس(٣) أيضاً عند ابن عدي بلفظ : « لَا يُوَلَّهَنَّ وَالِدٌ عَنْ وَلَدِهِ » وفي إسناده مُبَشّربن عُبَيد وهو ضعيف(٤) ورواه من طريق أخرى فيها إسماعيل ابن عياش عن الحجاج بن أرطاه وقد تفرد به إسماعيل وهو ضعيف في غير الشاميين ولحديث أبي سعيد(٥) عند الطبراني بلفظ « لا تُوَلَّهُ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا » وأخرجه البيهقي .

وهذه الأحاديث تدل على تحريم التفريق بين الوالدة وولدها ، وبين الوالد وولده وبين الأخوين وقد قيل إنه مجمع (٦) على تحريم التفريق بين الوالدة وولدها ، ومن عدا من هو مذكور في هذه الأحاديث فقيل (٧) إنه يحرم بطريق القياس . وظاهر الأحاديث انه

---

(١) أعل الحديث أبو داود بالانقطاع ... لأنه من رواية ميمون بن أبي شبيب عن علي وقال : ميمون لم يدرك علياً . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٨٢ . مختصر السنن للمنذري ٤/٢٩ .

(٢) أشار صاحب المنتقي إلى أن الحديث من رواية أحمد ... وهناك رواية أخرى للمنذري وابن ماجه لفظها : « وهب لي النبي صلى الله عليه وآله وسلم غلامين أخوين ... فبعت أحدهما ... فقال لي يا علي ما فعل غلامك فأخبرته فقال : رده رده » ... وقد علق الشوكاني على الحديث بتصحيح الجماعة الذين ذكرهم هنا . سنن ابن ماجه ٢/٧٥٦ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٨٢ .

(٣) لا توله والدة عن ولدها : لا يفرق بينهما في البيع ... وكل أنثى فارقت ولدها فهي والهة . وقد ولهت بالكسر توله . وولهت بالفتح تله بالكسر ولها ولهانا فهي والهة وواله . والوله ذهاب العقل والتحير من شدة الوجد . النهاية لابن الاثير . نيل الأوطار على المنتقي ٥/١٨٣ .

(٤) مبشر بن عبيد الحلبي أو الحمصي .... قال أحمد : كان يضع الحديث . وقال البخاري : مبشر بن عبيد القرشي روى عنه بقية منكر الحديث وطول ابن عدى ترجمته في الواهيات وقال : شغل عن ضبط الحديث . وقال ابن حبان : يروى عن الثقات الموضوعات ... لا يحل كتابة حديثه الا على جهة التعجب . التاريخ الكبير ٨/١١ . الميزان ٣/٤٣٣ . المجروحين لابن حبان ٣/٣١ .

(٥) الحديث أخرجه البيهقي بإسناد ضعيف عن الزهري مرسلاً . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٨٣ .

(٦) حكى في البحر الزخار عن الإمام يحيى هذا الاجماع حتى يستغني الولد بنفسه . نيل الأوطار على المنتقي ٥/١٨٣ .

(٧) نقل في نيل الأوطار هذا الرأي عن الهادوية والحنفية كما نقل عن الشافعي والامام يحيى أنه لا يحرم التفريق ثم استطرد فقال : الذي يدل عليه النص هو تحريم التفريق بين الأخوة وأما بين ما عداهم من الارحام فالحاقه بالقياس فيه نظر لأنه لا تحصل =

يحرم التفريق بالبيع وغيره .

وأما قوله : « حتى يبلغ الصغير وأن رضى الكبير » فقد استدل على ذلك بما أخرجه الدارقطني[1] والحاكم من حديث عُبادة بن الصامت بلفظ « لا يُفَرَّقُ بَيْنَ الأُمّ وَوَلَدِهَا قِيلَ : إلى مَتَى ؟ قال : حَتَّى يَبْلُغَ الغُلَامُ وتَحِيضَ الْجَارِيَةُ » وفي إسناده عبدالله بن عمرو الواقعي ، وهو ضعيف وقد رماه على بن المَدِيني بالكذب ، ولكن لم يبق بعد البلوغ ما يحصل به التضرر التّام ، كما في مَنْ كان صغيراً ، وقد حكى المصنف في الغَيْث الإجماع على جَوَاز التَّفريق بعد البلوغ .

قوله : « والنَّجش » .

أقول : النَّجَش[2] في اللغة تنفير الصيد وإثارته من مكان ليصاد يقال : نَجَشْتُ الصيد أَنْجُشُه ، وفي الشرع الزيادة في السلعة فيعطي بها الشيء وهو لا يريد شراءها ليقتدي به السُّوّام ، فيعطون بها أكثر مِمّا كانوا يعطون لو لم يسمعون نَجْشه ، وقد ثبت النهي عن ذلك في الصحيحين[3] وغيرهما من حديث أبي هريرة ومن حديث ابن عمر[4]

= منهم بالمفارقة مشقة كما تحصل بالمفارقة بين الوالد والولد وبين الأخ وأخيه ... فلا الحاق لوجود الفارق فينبغي الوقوف على ما تناوله النص . نيل الأوطار على المنتقى ٥/١٥٣ . ويراجع تعليقات الخطابي في معالم السنن ... وابن القيم في التهذيب . مختصر السنن المنذري ٤/٤٩ .

(١) لم يرو الحديث عن سعيد بن عبدالعزز ... أحد رواة الحديث ... غير عبدالله بن عمرو الواقعي هذا الذي ضعفوه ... قال ابن المديني : كان يضع الحديث ، وكذبه الدارقطني ... وقال ابن عدى : هو إلى الضعف أقرب أحاديثه مقلوبة . نيل الأوطار على المنتقى ٥/١٨٤ . الميزان ٢/٤٦٨ .

(٢) جاء في المصباح نجش الرجل نجشاً ... من باب قتل - إذا زاد في سلعة أكثر - من ثمنها وليس قصده أن يشتريها ... بل ليغر غيره فيوقعه فيه وكذلك في النكاح وغيره . والاسم النجش بفتحتين والفاعل ناجش ... ونجاش مبالغة ولا تناجشوا لا تفعلوا ذلك .. وأصل النجش الاستتار لأنه يستر قصده ومنه يقال للصائد ناجش لاستتارة .

قال ابن القيم الجوزية بعد أن شرح معنى النجش في الإصطلاح بما لا يخرج عن تفسير المصباح : وفيه تغرير بالراغب في السلعة ، وترك لنصيحته التي هي مأمور بها . ه المصباح المنير . تهذيب ابن القيم على معالم السنن للخطابي ٥/٨٢ .

ويبدو من مجموع كلام أهل اللغة أن هناك مرحلتين : المرحلة الأولى الاستتار والختل ، ويتبعها إثارة الصيد وإفزاعه للصيد ... وكلا المعنيين متحقق في المعنى الإصطلاحي .

(٣) عن أبي هريرة : « أن النبي صلى الله علية وآله وسلم نهى أنْ يبيع حاضر لباد وأن يتناجشوا » حديث متفق عليه . مسلم بشرح النووي ٤/٦ . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/١٨٧ .

(٤) عن ابن عمر قال : « نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن النجش » متفق عليه . مسلم بشرح النووي ٤/١٠ . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/١٨٧ .

وعند مسلم من حديث عُقْبَة بن عامر [1] وفي الباب غير ذلك ، وقد نقل ابن بطال الإجماع على أن الناجش عاص بفعله قال : واختلفوا في البيع إذا وقع على ذلك ونقل ابن المنذر عن طائفة من أهل الحديث فساد ذلك البيع إذا وقع على ذلك وهو قول أهل الظاهر ورواية عن مالك وهو المشهور عند الحنابلة وهو وجه للشافعية قلت : وهو الحق لاقتضاء النهي لذلك [2] .

قوله : « والسوم على السوم » .

أقول : لما ثبت في الصحيحين [3] وغيرهما من النهي عنه من حديث أبي هريرة وغيره كما ثبت النهي عن السّوم على السوم ثبت النهي عن البيع على البيع في الصحيحين وغيرهما من حديث أبي هريرة أيضاً وثبت في غير الصحيحين [4] من غير حديثه ، وصورة السوم أن يأخذ الرجل سلعة ليشتريها ، فيقول له قائل رده لأبيعك خيراً منه أو مثله بأرخص منه ، أو يقول للبائع رده لأشتريه منك بأكثر ، وأما صورة البيع على البيع والشراء على الشراء فهو أن يقول لمن اشترى سلعة في زمن الخيار أفسخ لأبيعك بأنقص ، أو يقول للبائع أفسخ لأشتري منك بأزيد ، قال ابن حجر في الفتح : وهذا مجمع عليه ، فعرفت بهذا أن صورة السوم على السوم غير صورة البيع على البيع ، وأن تقييد المنع بكونه بعد التراضي هو الصواب ، وأما بيع المزايدة فقد دل على جوازه ما أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي [5] والترمذي وحسنه من حديث أنس « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم بَاعَ

---

(١) مسند الإمام أحمد ٤/١٤٧ .

(٢) يرى بعض الأصوليين ... ومنهم الشوكاني ... أن النهي يقتضي الفساد أو البطلان ـ ومذهب كثير منهم أن النهي يقتضي التحريم أو الكراهة بحسب السياق أو القرينة . راجع إرشاد الفحول في مبحث النهي .

(٣) لفظ الحديث كما في المنتقي عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال « لا يخطب الرجل عل خطبة أخيه ولا يسوم على سومه » وفي لفظ : « لا يبيع الرجل على بيع أخيه » ... حديث متفق عليه . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٨٩ .

(٤) من ذلك ما روي عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « لا يبيع أحدكم على بيع أخيه . ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له » ... رواه ـ أحمد وأخرجه مسلم وأخرجه أيضاً البخاري في باب النكاح بنحوه وأخرج نحوها ابن خزيمة وابن الجارود والدارقطني ... وللنسائي : « لا يبيع أحدكم على بيع أخيه حتى يبتاع أو يذر » وزاد : « إلا الغنائم والمواريث » . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٨٩ .

(٥) الحلس ... بكسر الحاء وسكون اللام ... كساء رقيق يكون تحت برذعة البعير والحلس البساط أيضاً ومنه كما في النهاية حديث « كن حلس بيتك » ويرجع إلى الحديث في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٨٩ .. كما يراجع الصحاح والنهاية .

قَدَحاً وحِلْساً فِيمَنْ يَزِيدُ » وفي لفظ لأبي داود (١) « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نَادَى عَلَى قَدَحٍ وحِلْسٍ لِبَعْضِ أَصْحَابِهِ فقال رجل : هُمَا عَلَيَّ بِدِرْهَمٍ قال آخرهُمَا عَلَيَّ بِدِرْهَمَيْنِ » وحكى البخاري(٢) عن عطاء أنه قال : « أَدْرَكْتُ النَّاسَ لَا يَرَوْنَ بَأْساً بِبَيْعِ المَغَانِمِ فِيمَنْ يَزِيدُ » وقال الترمذي(٣) بعد إخراجه لحديث أنس المذكور : « والعمل على هذا عند بعض أهل العلم لم يروا بأساً ببيع من يزيد في المغانم والمواريث » قال ابن العربي (٤) : لا معنى لاختصاص الجواز بالغنيمة والميراث ، فإن الباب واحد والمعنى مشترك .

قوله : « وسلم أو سلف وبيع » .

أقول : قد ثبت النهي عن السلف والبيع بما أخرجه أحمد وأبو داود(٥) والنسائي والترمذي وقال حسن صحيح ، وصححه أيضاً ابن خُزَيمة والحاكم من حديث عبدالله ابن عمرو « أَنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « لَا يَحِلّ سَلَفٌ وبَيْعٌ » الحديث قال أحمد : هو أن يقرضه قرضاً ثم يبايعه [عليه] بيعاً يزداد عليه ، وهو فاسد لأنه إنما يقرضه على أن يحابيه في الثمن ، وقد يكون السلف بمعنى السلم وذلك مثل أَنْ يُسلم إليه في شيء ويقول : إن لم يتهيّأ المسلم فيه عندك فهو بيع لك ، وهذه الصورة داخلة تحت الأحاديث المشتملة على النهي عن أن يبيع الإنسان ما ليس عنده ، وداخلة تحت الأحاديث المشتملة على النهي عن بيع الشيء قبل قبضه ، فهذه الصورة التي ذكرها المصنف قد منع الشارع(٦)

---

(١) نيل الأوطار على المنتقي ٥/١٩٠ .

(٢) صحيح البخاري ٣/٩١ .

(٣) نيل الأوطار على المنتقي ٥/١٩١ .

(٤) قد يوهم كلام ابن العربي في إكتفائه بالدليل العقلي أنه لم يرد نقل في غير هذين فرده إلى القياس . والواقع أنه ورد النقل في الحديث السابق الذي أخرجه أبو داود وغيره من بيع القدح والحلس وللشوكاني تعليق على هذا الرأي .... يرجع إليه الدارس في نيل الأوطار على المنتقي ٥/١٩١ .

(٥) تمام الحديث كما في المنتقي : « ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا ــ بيع ما ليس عندك » ... ولابن ماجه منه « ربح ما لم يضمن . بيع ما ليس عندك » وفي المنتقي أن الحديث مروي عن عبدالله ابن عمر بالضم يعني ابن الخطاب.... وقد حقق الشوكاني في نيل الأوطار أن الصواب بالفتح يعني ابن العاص ... وقد التزمنا هنا بما انتهى إليه هناك . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٠٢ .

(٦) منع تتعدى بمن ... وقد ضمنها المصنف معنى (نهى) ... وللمصنف مثل ذلك وقد قدمنا أن التضمين سماعي على التحقيق .

عنها وكلّ ما منع الشارع عنه فهو باطل ، ولا فرق بين منع ومنع ، ولا بين نهي ونهي ، إلا أن تقوم قرينة تدل على أن المراد من ذلك مجرد الكراهية فقط القاصرة عن رُتْبة التحريم ، وما أعْتَلّ به الجَامدون على الرأي من قولهم هذا نُهي عنه لذاته ، وهذا نهي عنه لوصفه ، وهنا نهى عنه لأمر خارج عنه كما وقع ذلك في كتب الأصول ، فقد عرفناك غير مرة أن هذه التفرقة مبنية على رأي بَحْت لم تربط بدليل عقل ولا نقل ، ولا شك أنه لم يذكر كثيراً من المناهي ولها حكم هذه المذكورة .

قوله : (وربح ما اشترى ينقد غصب أو ثمنه » .

أقول : إنما تعرض المصنف لذكر الربح هنا مع كونه في مناهي البيع لأن ذلك مترتب على الشراء بنقد الغصب أو ثمنه ، فهو من ذيول مباحث البيع والشراء من هذه الحيثية على أن النبي صلى الله عليه وسلم قد ذكر عَدم حِل هذا الربح مقترناً بمناهي البيع كما في حديث عبدالله بن عمرو[1] بلفظ « لَا يَحِلّ سَلَفٌ وبَيْعٌ ولا شَرْطان في بَيْع ولا رِبْح مَا لَمْ يُضْمَن ولَا بَيْع مَا لَيْس عِنْدَك » أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي والترمذي وصححه أيضاً ابن خزيمة والحاكم ، وقد تقدم طرف منه قريباً .

قوله : « وبيع الشيء بأكثر من سِعر يومه لأجل النَّسا » .

أقول : يمكن الاستدلال لهذا المنع بما أخرجه أحمد[2] والنسائي والترمذي وصححه من حديث أبي هريرة قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : مَنْ بَاع بَيْعَتَيْن في بَيْعةٍ فَلَهُ أَوْكَسُهُمَا أَو الرِّبَا » وبما أخرجه أحمد[3] والبزار والطبراني في الكبير والأوسط عن سِمَاك عن عبد الرحمن بن عبدالله بن مسعود عن أبيه قال : « نَهَى النَّبي صلى الله عليه

(١) حديث عبدالله بن عمرو السابق .

(٢) في لفظ من الحديث : « نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة » أخرجه الشافعي . ومالك في بلاغاته . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٧١ .

(٣) في الباب عن ابن عمر عند الدارقطني وابن عبد البر ... ويرجع إلى الحديث في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٧١ . مجمع الزوائد ٤/٨٤ .

وآله وسلم عَنْ صَفقَتَيْنِ في صَفْقَةٍ » قال سِمَاك : هو الرجل يبيع البيع فيقول هو بنسا بكذا ، وهو بنقد بكذا وكذا ، قال في مجمع الزوائد : رجال أحمد ثقات . فهذان الحديثان قد دلا على أن الزيادة لأجل النَّسا ممنوعة ، ولهذا قال : « فَلَهُ أَوْكَسهُمَا أَو الرِّبَا » والأعيان التي هي غير ربوية داخلة في عموم الحديثين ، وقد أفردت هذا البحث في رسالة مستقلة سميتها « شفاء العُلل في حكم زيادة الثمن لِأَجْل الأَجَل » والكلام في المقام يطول ، وقد ذهب الجمهور إلى جواز بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النسا ، ونازعوا في دلالة الحديثين المذكورين على محل النزاع .

قوله : « وبأقل مما اشترى به الخ) .

أقول : إذا كان المقصود التحيل فلا فرق بين بيعه من البائع أو غيره ، وبين أن يكون بجنس الثمن الأول أو بغير جنسه ، فالأَوْلَى أن يقال وبأقل مما شرى به حيلة ، فإن ذلك يُغني عن هذا التطويل الذي ذكره المصنف ووجه المنع من ذلك ما فيه من التوصل إلى الربا ، لأن الغالب في مثل هذا أن يريد الرجل أن يزيد[1] له المستقرض زيادة على ما أقرضه فيتوصل إلى تحليل ذلك بهذه الحيلة الباطلة ، وهي أن يبيع منه عيناً بأكثر من قيمتها ، ثم يشتريها منه بأقل من ذلك ، فتبقى هذه الزيادة في ذمة المشتري ، وهي في الحقيقة زيادة في قدر ما استقرضه ، وهنا البيع هو بيع العِينة الذي ورد الوعيد عليه بما أخرجه أحمد وأبو داود[2] عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إِذَا ضَنَّ النَّاسُ بِالدِّينَارِ والدِّرْهَمِ وَتَبَايَعُوا بِالْعِينَةِ واتَّبَعُوا أَذْنَابَ الْبَقَرِ وَتَركُوا الْجِهَادَ فِي سَبِيلِ اللهِ أَنْزَلَ اللهُ بهم بَلَاءً فَلَا يَرْفَعُهُ حَتَّى يُرَاجِعُوا دِينَهُمْ » ولفظ أبي داود[3] « إِذَا تَبَايَعْتُم بِالْعِينَةِ ، وأَخَذْتُم

(١) في المخطوطة « يزد » ولا محل لجزمها .

(٢) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٣٣ .

(٣) والعينة بالكسر كما جاء في المصباح . السلف ـ وأعتان الرجل ... إشترى الشيء بالشيء نسيئة . وعاينته معاينة وعياناً ... وعين الرجل تعيينا والاسم العينة بالكسر ... وفسرها الفقهاء بأن يبيع الرجل متاعه إلى أجل ثم يشتري به في المجلس بثمن حال ليسلم به من الربا . وقيل لهذا البيع عينة لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عيناً أي نقداً حاضراً وذلك حرام إذا ـ إشترط المشتري على البائع أن يشتريها منه بثمن معلوم فإن لم يكن بينهما شرط ـ فأجازها الشافعي لوقوع العقد سالماً من المفسدات ... ومنعها بعض المتقدمين ـ وكان يقول : هي أخت الربا ... فلو باعها المشتري من غير بائعها في المجلس فهي عينة أيضاً ... لكنها جائزة بإتفاق .

وقوله : « واتبعوا أذناب البقر » حمله بعض العلماء على الإشتعال بالزرع في زمن يتعين فيه الجهاد .

أَذْنَابَ الْبَقَرِ ، وَرَضِيتُمْ بِالزَّرْعِ وَتَرَكْتُم الجِهَادَ سَلَّطَ اللهُ عَلَيْكُم ذُلًّا لَا يَرْفَعُهُ حَتَّى تَرْجِعُوا إلى دِينِكُم » وأخرجه أيضاً الطبراني وابن القطان وصححه قال ابن حجر في بلوغ المرام [1] ورجاله ثقات ، وقال في التلخيص : إنه لا يلزم من كون رجاله ثقات أن يكون صحيحاً ، لأن الأعمش مدلّس ولم يذكر سماعه من عطاء وعطاء يُحتمل أن يكون هو عطاء الخراساني فيكون فيه تدليس التسوية بإسقاط نافع بين عطاء وابن عمر انتهى . ولا يخفاك أن الحديث بعد تصحيح ذلك الإمام والحكم على رجاله بأنهم ثقات قد قامت به الحجة ، والأصل عدم ما ذكره من الاحتمال ،فلو كان مجرد الاحتمال الذي [2] [في] مثل هذا مبطلاً للاستدلال لمذهب شطر السنة بالدعاوى ودفع من شاء ما شاء ، والأعمش إمام حافظ ثقة حجة فأقل أحواله أن يُحمل ما يرويه على الصحة ، حتى يتبين ما يخالف ذلك ولكنه قال المنذري [في] مختصر السنن : إن في إسناده إسحق بن أُسيد أبو عبد الرحمن الخراساني نَزِل مصر لا يُحتج بحديثه وفيه أيضاً عطاء الخراساني وفيه مقال انتهى .. قال الذهبي [3] في الميزان : إن هذا من مناكيره انتهى .. قال أبو حاتم في إسحق بن أُسيد : لا يُشْتَغَلُ به ، شيخ ليس بالمشهور ، وقال ابن عدي : مجهول . وفي التقريب : فيه ضعيف ، وأما عطاء الخراساني فقد ضعّفه بعض أهل الحديث ووثقه ابن معين وأبو حاتم وقال ابن حجر في التقريب صدوق يَهِمُ كثيراً ويدلِّس انتهى .. قلت : إذا كان كلام ابن حجر في الرجلين هكذا ، ولم يُرو الحديث من طريق غيرهما فكيف يحكم على رجال إسناده بأنهم ثقات ؟ ولا يخفاك أن عطاء الخراساني من رجال مسلم . قد أخرج له في صحيحه فجَازَ القنطرة [4] ، وقد عقد البيهقي [5] لطرق هذا الحديث باباً وقال ابن كثير : إنه رُوي

= ، ويراجع مختصر وشرح وتهذيب سنن أبي داود للمنذري والخطابي وابن القيم ولابن القيم هناك تعليقات في غاية الجودة وتتبع طرق الحديث وشواهده . مختصر السنن للمنذري ٥/٩٩ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٣٣ .

(١) بلوغ المرام بشرح سبل السلام ٣/٣٩ .

(٢) زيادة يستلزمها السياق .

(٣) ترجم له الذهبي في موضوعين في الأسماء . وفي الكني ... وعبارته المنقولة عنه هنا أوردها في الكني . الميزان ١/١٨٤ . ٤/٥٤٧ .

(٤) المقصود : سلم من الطعن .

(٥) نيل الأوطار على المنتقي ٥/٢٣٣ . السنن الكبرى للبيهقي ٥/٣١٦ .

من وجه ضعيف عن عبدالله بن عَمْرو بن العاص مرفوعاً .

ويشهد لحديث الباب ما أخرجه الدارقطني عن أبي إسحق السَّبِيعي[1] عن امرأته أنها دخلت على عائشة فدخلت معها أم ولد زَيْد بن أَرْقم فقالت : يا أم المؤمنين إني بِعْت غُلاماً مِنْ زَيْد بن أرقم بثمانمائة درهم نسيئةً وإني ابْتَعْتُه منه بستّمائة نَقْداً ؟ فقالت لها عائشة : بِئْسَ ما اشْتَريتِ وبِئْس ما شَرَيْتِ إنّ جِهَاده مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قَدْ بَطَل إلَّا أَنْ يَتُوب .

والحاصل أن مجموع ما في الباب تقوم به الحجة ، ولا سيما وهذه حيلة من الحيل الباطلة التي جاءت الشريعة بإبطالها ، وأيضاً قد استلزمت أن يرد المستقرض زيادة على ما استقرضه ، وذلك ربا مجمع على تحريمه ، فلو لم يرد في الباب شيء لكان ما ورد في تحريم هذا الربا كافياً مغنياً عن غيره ، قال الجوهري في الصحاح : العِينة بالكَسْر السَّلف قال في القاموس وغيره أخذ بالعِينة بالكسر أي السَّلف أو أعطى بها . قال : والتاجر باع سلعته بثمن إلى أجل ثم اشتراها منه بأقل من ذلك الثمن انتهى .. قال الرافعي : وبيع العِينة هو أن يبيع شيئاً من غيره بثمن مؤجل ويسلمه إلى المشتري ثم يشتريه قبل قبض الثمن بثمن نقداً أقل من ذلك العقد ، وقد ذهب إلى عدم جواز بيع العِينة مالك وأبو حنيفة وأحمد وغيرهم وهو الحق وجوز ذلك الشافعي وأصحابه واستدلوا بما لا دلالة فيه على المطلوب[2] .

---

(١) الخبر في إسناده الغالية بنت أيفع ... وقد روى عن الشافعي أنه لا يصح ووافقه ابن كثير الإرشاد . يراجع تهذيب الإمام ابن القيم الجوزية مع مختصر السنن للمنذري ٥/٩٩ .

(٢) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٣٣ . وتهذيب ابن القيم الجوزية مع مختصر السنن للمنذري ٥/٩٩ .

باب الخيارات

(هي ثلاثة عشر نوعاً) لتعذّر تَسْليم المَبِيع ، وهو لَهُمَا في مَجْهول الأَمد ولِلْمُشْتَري الجاهل في مَعْلُومَة[(١)] ، ولفقد صِفَةٍ مَشْروطة ، ولِلْغَرَرِ كالمُصَرَّاةِ ، وصُبْرَةٍ عَلِمَ قَدْرَهَا الْبَيِّعُ فَقَطْ ، وللخِيَانَةِ[(٢)] في المرابحة والتولية وَلِجَهْل قَدْر الثَّمَنِ أَوْ المَبِيعِ أَوْ تَعْيينِـهِ[(٣)] وهذه على التَّرَاخِي وتُورث غالباً ويُكَلَّفُ التَّعْيين[(٤)] بعد المدة وَلِغَبْن صَبِيٍّ أَوْ مُتَصَرِّفٍ عن الغَيْر فاحِشَاً[(٥)] ، وبِكَوْنه مَوْقُوفاً وهُمَا عَلَى تَرَاخٍ ، ولا يُورَثَان ، ولِلرُّؤْيَةِ والشَّرْطِ والْعَيْبِ[(٦)] .

قوله : « باب الخيارات : هي ثلاثة عشر نوعاً » .

أقول : قد بلغ استقراء المصنف لأسباب الخِيارات إلى هذا المقدار ، وليس مراده إلا أن الخيار له أسباب يضاف إلى كل واحد منها ، وسنوضح لك إن شاء الله الكلام في كل واحد منها .

قوله : « لتعذر تسليم المبيع » .

---

(١) أول هذه الأنواع أن يبيع شيئاً وتسليمه متعذر عند العقد ... كأن يكون عبداً آبقاً أو مسروقاً ... فيجب الخيار لتعذر تسليم المبيع . والخيار يثبت للبائع والمشتري في مجهول الأمر كالعبد الأبق . ويثبت للمشتري الجاهل في معلومة كالعبد المؤجر المرهون إلى مدة معلومة . شرح الأزهار ٣/٨٥ .

(٢) الخيانة الواقعة من البائع .

(٣) الإشارة للخيارات الثمانية المقدمة .

(٤) يكلف المشتري التعين للمبيع بعد المدة .

(٥) هذا النوع التاسع من أنواع الخيارات .

(٦) الأنواع الثلاثة الأخيرة هي خيار الرؤية وخيار الشرط وخيار العيب ... وقد أفرد لكل نوع منها فصلاً لكثرة مسائلها . المصدر السابق ٣/٩١

أقول : قد قدمنا لك أن البيع والشراء هو حصول التراضي من البائع والمشتري ، فالمشتري رضي بالعين المبيعة ، والبائع رضي بالثمن المقابل لها ، وإذا تعذر تسليم العين المبيعة ارتفع التراضي المعتبر فلا بَيْع ولا شِرَاء بل وجود التراضي المتقدم كعدمه ، لأنه قد انكشف عدم وجود متعلقه الذي كان التراضي عليه ، والثمن إنما يلزم بعد وجود عين المبيع ومصيرها إلى المشتري ، فمثل هذا لا ينبغي أن يجعل من أنواع الخيار بل ينبغي أن يعد في مبطلات البيع هذا إذا تعذر تسليمه مطلقاً ، أما إذا تعذر في مدة ثم أمكن فقد دخل البائع في بيع منهي عنه ، لأنه باع ما ليس عنده ، فكان من هذه الحيثية غير صحيح ، وإذا لم يصح التبايع فعند عود المبيع إذا شاء اتبايعا ، وإلا فهو باق على ملك البائع الأول ، ولا حكم لما وقع منهما من التبايع مع تعذر التسليم ، وبهذا تعرف أنه لا فائدة لقوله : « وهو لهما في مجهول الأمد وللمشتري الجاهل في معلومة » .

قوله : « ولفقد صفة مشروطة » .

أقول : هذا نوع من خيار الغَرَر ، لأن المشتري لم يقف على حقيقة المبيع كما ينبغي مع مزيد الغرر باشتراطه لتلك الصِّفة في المبيع ، وانكشاف عدمها ، فلا وجه لِعَدِّهِ خياراً مستقلاً .

قوله : « وللغرر كالمُصَرَّاة » .

أقول : هذا نوع من أنواع الغرر لأن البائع قد غرر المشتري بالتَّصْرِية ، فلم يقف على حقيقة المبيع وما هو الغرض الحامل على شرائه ، وهذا النوع قد ثبت النص عليه بالسنة الصحيحة الثابتة في الصحيحين وغيرهما[1] من طرق وفيها أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال في المُصَرَّاة : « فَمَنْ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ مِنْ بَعْدِ أَنْ يَحْلِبَهَا إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا وإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ » وقد بسطنا القول على هذا الحديث في شرحنا

(١) هو من حديث أبي هريرة ... وقد مرّ من قبل . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٢٤١ .

للمنتقي ، وبسطنا الكلام في الرد على من خالفه ، والمقام لا يتسع لبعض ذلك .

قوله : « وَصُبْرة عَلِم قَدْرها البائعُ فقط » .

أقول : وهذا أيضاً نوع من أنواع خيار الغَرَر ، فإنه إذا لم يقف البائع على قدرها ، ولا عرف حقيقتها فبالأولى المشتري ، والخيار ثابت لهما جميعاً ، ولا وجه لجعله لأحدهما دون الآخر وقد قدمنا أن هذا أعنى بيع الصُّبرة الذي هو نوع من بيع الجُزَاف قد خصصه دليله من أحاديث النهي عن بيع الغَرَر ، وما لم يبطل من بيوع الغرر ، فالخيار ثابت فيه كما في بيع الصُّبرة والمُصَرَّاة ونحوهما .

قوله : « وللخيانة في المرابحة والتولية » .

أقول : هذا سبب من أسباب الخيار لأن الخيانة خديعة وقد ثبت في الصحيحين[1] وغيرهما من حديث ابن عمر قال : « ذَكر رجلٌ لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنّه يُخْدَع في البيوع فقال : منْ بايعت فَقُل لَا خِلَابَةَ » والخِلَابة الخديعة ، فإذا انكشف أن البائع أو المشتري خَدَع أحدهما الآخر بنوع من أنواع الخَدِيعة التي من جملتها الخيانة فالخيار ثابت ، أما إذا اشترط أحد المتبايعين ذلك فظاهر وأما إذا لم يشترط فالبيع مشتمل على الغرر الذي هو المناط الأعظم في الخيارات ، وقد ثبت في حديث عند البخاري[2] في التاريخ وابن ماجة والدارقطني : أنّه صلى الله عليه وآله وسلم قال لذلك الرجل الذي كان يُخدع في البيوع : « ثُمَّ أَنْتَ بِالخِيَارِ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ ابْتَعْتَهَا ثَلاثَ لَيَالٍ إِنْ رَضِيتَ فَأَمْسِكْ وَإِنْ سَخِطْتَ فَارْدُدْهَا عَلَى صَاحِبِهَا » فهذا من جملة ما خصص بيع الغرر من

---

(١) الحديث متفق عليه وقد نقل الشوكاني تعليقاً على الحديث قول العلماء : لقنه النبي صلى الله عليه وآله وسلم هذا القول ليتلفظ به عند البيع فيطلع به صاحبه على أنه ليس من ذوي البصائر في معرفة السلع ومقادير القيمة ... ويرى له ما يرى لنفسه .

والمراد أنه إذا ظهر غبن ... رد الثمن وإسترد المبيع .

كما نقل أيضاً إختلاف العلماء في هذا الشرط ... أكان خاصاً بهذا الرجل ... أم يدخل فيه جميع من شرط هذا الشرط ؟ المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٠٧ .

(٢) الحديث مروي عن محمد بن يحيى بن حبان قال : هو جدي منقذ بن عمر . وكان رجلاً قد أصابته آمة في رأسه فكسرت لسانه ... وكان لا يدع على ذلك التجارة فكان لا يزال يغبن ... فأتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فذكر ذلك له فقال : « إذا أنت بايعت فقل لا خلابة ثم أنت ..... إلخ » . المنتقي المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٠٧ .

أحاديث النهي مع ثبوت الخيار .

قوله : « والجهل قدر الثمن أو المبيع » .

أقول : هذا أيضاً من جملة أنواع الغرر لعدم الإحاطة بالمجهول من المبيع أو الثمن ، فإن ورد دليل يدل على صحة هذا التبايع مع ثبوت الخيار فذاك ، وألا فالظاهر أنه بيع باطل لاشتماله على ما نهى عنه الشرع من الغرر ، وأيضاً التراضي الذي هو المناط في صحة البيع والشراء ليس بمتحقق مع الجهالة فلم يوجد ما هو المعتبر في هذه المعاملة .

قوله : « أو تعيينه » .

أقول : الغرر في هذا ظاهر واضح فأن جعل البائع للمشتري الخيار في الاختيار فقد دلّت السنة الصحيحة أنه يصح كما في حديث[1] « أَوْ يقولُ لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ » في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « المُتَبَايِعَان بِالْخِيار مَا لم يتفرَّقَا أَوْ يقول أحدهما لِصَاحبه اخْتَرْ » وربما قال : « أَوْ يَكُونُ بَيْع الخِيَار » وأما إذا لم يقع الخيار فلا يصحّ البيع من أصله لأنه من بيع الغرر المنهي عنه ، ولكونه لم يتحقق التراضي الذي هو مناط البيع والشراء .

قوله : « وهذه على التراخي » .

أقول : لا وجه لهذا لا من دليل صحيح ، ولا من رأي مستقيم ، أما الدليل فقد دل على أن الخيار في المُصَرَّاة وفي الخديعة ثلاثة أيام ، وخيار التعيين مطلق حتى يختار ، وباقي الخيارات المتقدمة ينبغي أن يكون إلى الوقت الذي يطلع فيه صاحبه على ما لا بد من الاطلاع عليه ، فإذا وقع منه ذلك ولم يفسخ فلا خيار له .

قوله : « ويورث » .

---

(١) الحديث متفق عليه ... وقد مرّ من قبل ص ٧ .

أقول : إذا كان الخيار ثابتاً للبائع أو المشتري بدليل شرعي فَاخْتَرَمته[1] المنيَّة قبل أن يقع منه الخيار ، وقبل أن تنقضي مدة الخيار المؤقت شرعاً ، والمؤقت بتراضي البائع والمشتري ، فلا شك أن هذا الحق الثابت يكون حقاً لوارثه ، فيثبت له ما ثبت له كسائر الحقوق ، وهكذا سائر الخيارات الآتية وما قيل[2] فيه بأنه لا يورث منها فذلك رأي بحت مخالف لما أثبته الكتاب العزيز والسنة من ميراث الأملاك والحقوق ، ولم يأتوا في الفرق بشيء إلا بما هو هباء أو سراب بِقِيعَةٍ .

قوله : « ويكلف التعيين بعد المدة » .

أقول : قد قدمنا أنه لا يصح البيع مع عدم التعيين إلا بشرط الخيار ، فإذا شرطه كان الاختيار موكولاً إلى نظر من له الخيار إن وقع منه الاختيار نفذ البيع وإن لم يقع منه الاختيار فلا بيع ، وبهذا تعرف أنه لا وجه لتكليفه للتعيين ، بل يقال له اختر أو اترك ، فإذا سكت حتى مضت المدة فلا بيع لأن ذلك ترك للاختيار ، وهو يكفي من غير ما ذكره المصنف من التكليف .

قوله : « ولغبن صبي أو متصرف عن الغير فاحشاً » .

أقول : خيار الغبن قد أشار إليه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بما قدمنا من حديث ابن عمر في الصحيحين[3] وغيرهما قال : « ذُكِرَ رَجلٌ لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أَنَّه يُخْدَعُ في البيوع فقال : مَنْ بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ » وأخرجه أحمد واهل السنن وصححه الترمذي من حديث[4] أنس « أَنّ رجلاً على عَهْد رسول الله صلى الله عليه وآله

---

(١) أختر منه المنية أخذته . القاموس .

(٢) يشير المصنف بذلك إلى خيار تعيين المبيع ... وقد إستثناه شارح الأزهار من الخيارات التي تورث ... وذلك في إحدى صورتيه . حيث تناول العقد كل الشيء على أن يأخذ ما شاء ويرد ما شاء . فإنه لا يورث بل يستقر المبيع للوارث ... ولو مات قبل مضي المدة . مختصر ابن مفتاح وحاشيته ٣/٨٨ .

(٣) الحديث متفق عليه ... وقد مرّ ص .

(٤) الحديث أخرجه الحاكم أيضاً ولفظ الحديث كما في المنتقي بعد قوله : « في عقله ضعف » : ـ « فأتى أهله النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقالوا يا رسول الله أحجر على فلان فإنه يبتاع وفي عقدته ضعف ... فدعاه فنهاه .... إلخ » . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٠٦ .

وسلم كان يَبْتَاع ، وكان في عُقْدَتِهِ ـ يَعْنِي في عَقْله ضَعْف ـ فدعاه ، ونَهَاه فقال : يا رسول الله إنِّي لا أَصْبرُ عن البيع ، فقال : إنْ كُنْتَ غيرَ تَارِكٍ لِلْبيعِ فقل : هَا وهَا ولَا خِلَابَة »

وأخرجه البخاري في تاريخه وابن ماجة والدارقطني عن محمد بن يحيى بن حَبْان[1] قال : « هو جَدّي يعني الرّجلَ الذي كان يُخْدَعُ في البيوع » وكان رجلاً قد أَصَابَتْه آمَّةٌ في رَأسِهِ ، فكَسَرَتْ لِسَانَهُ وكان لا يَدَعُ على ذلك التجارةَ وكان لا يَزَال يُغْبَنُ فأَتَى النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فَذَكَرَ ذلكَ لَهُ فقال : إذَا أنتَ بايَعْتَ فَقُل لَا خِلَابَةَ ثمّ أنتَ في كُلِّ سِلْعَة ابْتَعْتَها بالْخِيَار ثلاثَ لَيَالٍ إنْ رَضِيتَ فأَمْسِكْ وإنْ سَخِطْتَ فَارْدُدْهَا عَلَى صَاحِبِهَا »

فظهر بهذا أن من كان غير عارف بحقائق الأمور قاصر الفكرة عن معرفة مقادير أثمان المبيعات ، وما يصلح منها وما لا يصلح فله الخيار حتى يستشير من له خِبْرة بذلك ، وذلك ثلاثَ ليال فَيُلحق به كل من باع شيئاً أو اشتراه ، وهو غير عارف به وبمقدار قيمته وإن كان مكلفاً ، والنِّسَاءُ في هذا البيع أكثر وقوعاً من غيرهن لنقص عقولهن وعدم كمال تمييزهن ، فإذا وقع الاشتراط من الرجل المتصف بالصفة التي ذكرناها أو من المرأة كما وقع من حَبَّان بن مُنْقذ فهذا خيار أثبته رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، وقدَّر مدته رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وهو من خيار المُغَابنة ، وأما إذا لم يقع الاشتراط فمعلوم أن البيع الذي مناطه التراضي لا يتم إلا بالرضا المحقق ، فإن كان البائع قد رضي بما دُفع إليه من الثمن مع علمه أن ذلك هو دون ثمن مثله فلا خِيار له بعد ذلك ، وإن لم يعلم وكان معتقِداً أن ذلك هو الثمن الذي تباع به تلك العين فقد كشف ظهور أن العين فوق ذلك الثمن ، أو أن الثمن فوق تلك العين ، على أن المشتري أو البائع لم يحصل منهما أو من أحدهما الرضا المحقق ، وطيب النفس وذلك موجب لعدم حصوله المناط الشرعي بلا يتم التبايع بينهما ، فإذا حصل الاختلاف فقال البائع قد تبيّن له أن قيمة مبيعه أكثر ، أو قال المشتري قد تبين له أن الثمن الذي دفعه أكثر من ثمنه وجب على القاضي أن يرفع الخصومة بينهما بتفويض الأمر إلى العدول الذين لهم خِبرة بذلك المبيع ، ويعمل على قولهم .

---

(٣) في الزوائد : في إسناده محمد بن إسحق ... وهو مدلس وقد عنعن . سنن ابن ماجه ٢/٧٨٩ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٠٦ .

وأما إذا كان البائع وكيلاً للمالك أو وليّاً للصبي أو المجنون ، فالخِيار ثابت بطريق الأولى ، لكن لا مطلقاً بل إذا أخبر العدول بالغبن على البائع أو المشتري ، ووجه ذلك واضح لأنه لم يرض المالك إلا بما هو المعتاد في الأعيان والأثمان ، وإذا قال الصبي بعد تكليفه أو المجنون بعد صحته إنه مَغْبون كان على القاضي أن يأمر العدول بتقويم العين المبيعة وقت بيعها ، فإن تقرر الغبن ثبت الخيار لأنه انكشف بالغبن أن الولي لم يتصرف بالعدل ، كما قال الله سبحانه ، فلا حكم لتصرّفه ولا للرضا الواقع منه ، فلا بد من حصول الرضا منهما عند زوال المانع من الصغر والجنون ؛ ولا بد أن يكون هذا الغبن مما لم تجر للناس عادة باختصار مثله ، والتساهل في المعاملات به ، فهذا هو الغبن الفاحش وذلك يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأشخاص ولا وجه لتقديره بمقدار معين ، ولا لحده بحد معلوم .

قوله : « وبكونه موقوفاً » .

أقول : قد عرفناك فيما سبق أن عقد الفضولي لا حكم له ، ولا اعتبار به ، بل إن أجازهُ المالك كان البيع الشرعي بها ، لأن التراضي المعتبر لم يحصل إلا عندها ، وإن لم يُجِزه كان وجوده كعدمه ، فليس هذا من بيع الخيار في شيء ، فلا فائده لقوله : « وهما على تراخ ولا يورثان » لأنه إذا لم يوجد الأصل وهو الخيار لم يوجد ما هو فرع له ومترتب عليه .

وأما قوله : « وللرؤية والشرط والعيب » فما أراد المصنف بذكر هذه الثلاثة على هذه الصفة إلا تكميل عدد ما أفتتح به الباب من الخيارات وسنتكلم على كل واحد منها إن شاء الله في فصله .

فصل

فَمَنْ اشْتَرَىٰ غائباً ذَكَر جِنْسَه صَحّ ، وله رَدّه عَقِيبَ رُؤْية مُمَيِّزة بتَأَمّل لِجَمِيع غَيْرِ المِثْلِيّ[1] إلا ما يُعفَى ، ويبطلُ بالموت والإبطال بعد العقد ، وبالتصرّف غَيْرِ الاستعمال[2] وبالتّعَيّب والنقص عما شمله العَقد (غالباً)[3] وجَسّ ما يُجَسّ وبسكوته عليها ، وبرؤية من الوكيل لا الرّسول ولبَعْضٍ يدلّ على البَاقي ومُتَقَدِّمة[4] فيما لا يتغيَّر ، وله الفسخ قَبْلها وفرعيّة ما قَبض وإن رد والقولُ له في نَفْي المَيزة والبائع في نَفْي الفَسْخ .

قوله : « فمن اشترى غائباً ذَكَر جنسه صح » .

أقول : لا يخفاك أنهقد صح النهي أن يبيع البائع ما ليس عنده كما قدمنا ، وبيع البائع للغائب هو من بيع ما ليس عنده ، وصح أيضاً النهي عن بيع الغَرَر ، وهو ما لم يقف المشتري على حقيقته ، والغائب عن المشتري الذي لم يكن قد رآه هو غير واقف على حقيقته ، فلا بد أن يأتي دليل يخصص هذا البيع من النهيين ، ولم يثبت في ذلك شيء تقوم به الحجة فإن حديث[5] « مَن اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ فَلَهُ الخِيَارُ » في إسناده من هو مهتم بالوضع كما قال ابن حجر في التلخيص : وقد تَفَرَّد بروايته مَرْفوعاً الدَّارقُطني والبَيْهقيّ وقالا : المعروف أن هذا من قول ابن سِيرين ، وأيضاً قد روي من طريق مرسلة ، وفيها أيضاً مَنْ لا يقوم به الحجة ، فلم يبق في الباب ما يصلح للتعويل عليه ، ومع هذا فقد عرفناك غير مرة أن

---

(١) لو رأى المشتري المبيع من غير تأمل لم يبطل خياره ... إذ لا بد أن نكون تلك الرؤية شاملة لجميع غير المثلى فإن كان مثلياً كفى رؤية بعضه نحو بعض الطعام في المكيلات أو بعض السمن ... ونحوه في الموزونات . شرح الأزهار ٣/٩٢ .

(٢) لو تصرف بالاستعمال فقط لم يبطل خياره . المصدر السابق .

(٣) من الأمور التي تبطل خيار الرؤية النقص الحاصل في المبيع شمل العقد فلو نقص شيئاً مما شمله العقد قبل الرؤية بطل الخيار ... نحو أن يشتري ـ البقرة وفيها لبن . أو الشاة وعليها صوف ... فذهب اللبن والصوف . بطل الخيار .

واحترز بقولة « غالباً » من المصراة ... فلو استهلاك لبنها الذي شمله العقد لم يبطل الخيار . المصدر السابق .

(٤) من مبطلات خيار الرؤية أن يكون المشتري رأى المبيع رؤية متقدمة على الشراء . المصدر السابق .

(٥) الخبر من حديث مكحول رفعه إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم ... وضعف إسنادة البيهقي ... ثم قال : وروي من وجه آخر عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ولا يصح ... وأخرجه أيضاً من حديث أبي هريرة ... وفي سنده وضاع للحديث . السنن الكبرى للبيهقي ٥/٢٦٨ .

البيع الشرعي هو التراضي فعلى تقدير أنهما تراضيا على بيع الغائب فلمن وجده على غير الصفة التي رضي بها أن يتركه لإنكشاف عدم الرضى المحقق ، وهذا هو معنى خيار الرُّؤية عند المثبتين له ، ولكنهم يقولون قد انعقد البيع بنفس العقد ، ونحن نقول إن انكشافه على خلاف الصفة التي وقع التراضي عليها قد عاد على التراضي السابق بالنقض فكأنه لم يكن ، وإذا حصلت الرؤية وحصل الرضا عندها فهذا هو البيع والشراء لا ما تقدمه .

وأما قوله : « ويبطل بالموت » فهو غير مستقيم على قواعدهم التي يعملون عليها ، لأن الخيار حق ثابت لصاحبه ومجرد موته لا يصلح سبباً لبطلانه على وارثه ، والحق كالملك في انتقاله عن الميت إلى وارثه . فلا بد من وجود مخصص لهذه الكلية الثابتة بعمومات الكتاب والسنة وبالإجماع على الجملة . وأما بطلانه بالإبطال بعد العقد فوجهه أنه حق له وهو مفوض فيه . وأما كونه يبطل بالتصرف فلكونه مشعر بالرضا به ، ولا وجه للفرق بين التصرف به والاستعمال ، لأن كلا منهما مشعر بالرضا بالمبيع ، وهكذا لا وجه لبطلانه بالتعيّب والنقص عما شمله العقد إلا أن يكون ذلك بفعل من له الخيار ، فإنهما يشعران بالرضا بالمبيع ، ولا فائدة لقوله : « وجَسّ ما يُجَسّ » لأن ذلك قد دخل تحت قوله : « بتأمل لجميع غَيْر المثلى » والتأمل هو كل شيء يَجُسّه ، وبما يهتدي به إلى معرفته والجَسّ هو بمعنى التأمل لما يُجَسّ .

وأما قوله : « وسكوته عقبها » فوجهه أنه مشعر بالرّضا به وفيه ما فيه كما قدمنا في نظائره ، وأما الرؤية من الوكيل لها فلأنه ينكشف بها ما ينكشف برؤية الموكل إذا كان الوكيل له خبرة بمثل ذلك المبيع بخلاف الرسول المرسَل لقبض المبيع فإنه غير قاصد للاطلاع على حقيقته ، ولا هو مبعوث من مرسله لهذا المقصد وأما ما ذكره من الرؤية لبعض يدل على الباقي ، فوجهه أن الشيء المتفق تقوم رؤية بعض أجزائه مقام الرؤية لجميعها ، وهكذا الرؤية المتقدمة فيما لا يتغيّر فإن الرائي قد وقف على حقيقته وليس المراد من الرؤية حال العقد وبعده إلا ذلك .

وأما قوله : « وله الفسخ قبلها » فخبط على غير قياس ، فإن المناط عندهم هو أن يوجد

المبيع غير مطابق لغرض المشتري وقبل الرؤية لا حصول لهذا المعنى .

وأما قوله : « وفرعيّة ما قَبَض وإن رد » فلا وجه له لأن الرّد قد كشف أن المبيع باق على ملك البائع وفوائده تابعة لأصله ، وما عللوا به لمثل هذا غير صالح لتسويغ مال الغير بغير طِيبة من نفسه .

وأما قوله : « والقول له في نفي المميزة وللبائع في نفي الفسخ » فوجهه أن الأصل عدم الرؤية وعدم كونها مميزة وعدم وقوع الفسخ ، فهذا حاصل ما ينبغي أن يقال على كلامهم في هذا الفصل تصحيحاً وتسقيماً ، والحق عندنا ما قررناه في أول الفصل فاعرفه فإنه مشى مع الدليل لا مع القال والقيل .

فصل

ويَصِحّ ولو بَعْد العَقْد لا قَبْله شَرْطُ الخيَارِ مدّةً مَعْلومةً لَهُمَا أَوْ لِأَحَدِهِمَا أَوْ لِأَجْنَبيّ ، فيتبعه الجاعل إلا لشرط[1] ، ويَبْطل بِمَوتِ صَاحِبِه مُطْلقاً ، فَيَتْبعه المجعول[2] له وبإمضائه ولو في غَيبة الآخر ، وهو على خِيَاره عَكْس الفَسْخ[3] وأي تصرف لنفسه غير تعرّف كالتَّقْبيل والشَّفْع والتَّأجير ، ولو إلى المشتري (غالباً) وبسكوته لتمام المدة عاقلاً ، ولو جاهلاً حتى انقضت .

قوله : « ويصح ولو بعد العقد لاقبله شرط الخيار » .

أقول : هذا الخيار قد جاءت به السنة الصحيحة منها ما ثبت في الصحيحين[4] وغيرهما

---

(١) خيار الشرط إن كان قبل العقد لم يصح إتفاقاً . وإن كان مع العقد صح العقد والشرط ... وإن كان بعد العقد فإنه يلحق العقد عند الهادوية إذا كان مدة معلومة . وكذا الزيادة فيه وفي الثمن أو في المبيع سواء كان في المجلس أو بعده ... وقوله إلا الشرط يعني إلا أن يشرط الجاعل أن لا خيار لنفسه بل يبطل خيار نفسه فإنه يصح الخيار للأجنبي دونه . شرح الأزهار ٣/٩٨ .

(٢) إذا شرط الخيار للأجنبي فمات الشارط بطل خياره ويتبعه بطلان خيار المجعول له وهو الأجنبي . المصدر السابق .

(٣) لو أمضى أحدهما البيع في غيبة الآخر صح الإمضاء ... والغائب باق على خياره إذا كان الخيار لهما ... وذلك على عكس الفسخ ... إذ أن الفسخ من ـ أحدهما لا يصح إلا في حضرة الآخر . المصدر السابق ٣/١٠٠ .

(٤) تقدم الحديث من قبل ويراجع المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٠٨ والصحيح بشرح الفتح ٤/٣٢٦ .

من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « المُتَبَايِعَانِ بِالْخِيَار مَا لَمْ يتفرَّقا أو يقولُ أَحَدُهما لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ ، وربّما قال : أَوْ يكون بَيْع الخِيَار » وفي لفظ لهما[1] أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال : « المُتَبَايِعَان بِالْخِيَار ما لم يَتَفرَّقا أَوْ يُخير أحدهما الآخر فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وَجَب البيع وإن تفرَّقا بعد أن تَبَايعا ولم يَتْرك واحدٌ منهما البَيْع فقد وَجَب البيعَ » وفي لفظ لهما[2] أيضاً : « المُتَبَايِعَان كُلٌّ واحد منهما بالخِيَار على صَاحِبِه ما لم يَتَفَرَّقَا إلا بَيْع الخِيَارِ » ففي هاتين الروايتين قد جعل الخيار قسيماً للتفرق فإذا تفرقا فقد وجب البيع إلا أن يكون بينهما خيار فإنه لا يجب البيع إلا بالاختيار وإن تفرقا .

وقد وقع الخلاف بين أهل العلم في هذا الاستثناء[3] كما أوضحناه في شرح المنتقى على ثلاثة أقوال وأحسنها ثالثها وهو أن المراد بهذا الاستثناء أنهما بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن يتخايرا ، ولو قبل التفرق وإلا أن يكون البيع بشرط الخيار ولو بعد التفرق قال ابن حجر في الفتح : وهو قول يجمع التأويلين الأولين انتهى .. وفي الباب أحاديث كلها تدل على ثبوت خيار الشرط ومنها قصة حبَّان بن مُنْقذ التي قدمنا ذكرها ، فإنها مصرحة بإثبات خيار الشرط بعد التفرق .

وأما قوله : « مدة معلومة » فوجهه عدم استقرار البيع مع جهالة مدة الخيار ، والظاهر أنه يصح مع جهالة المدة وإذا تراخى من له الخيار عن الاختيار كان للآخر مطالبته لذلك ، وعند ذلك يستقر البيع أو يبطل .

---

(١) الحديث متفق عليه وهو بلفظ مسلم . وفي المنتقى : « إذا تبايع الرجلان ـ فكل واحد منهما بالخيار ... ما لم يتفرقا وكانا جميعاً ... أو يخير أحدهما ... إلخ » . صحيح مسلم بشرح النووي ٤/٢٢ . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٢٠٨ .

(٢) المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٢٠٨ . مسلم بشرح النووي ٤/٢١ . الصحيح بشرح الفتح ٤/٣٢٨ .

(٣) المراد الإستثناء الوارد في الحديث بقوله : « إلا بيع الخيار » ومجمل ما أورده الشوكاني في نيل الأوطار من الآراء الثلاثة عن هذه العبارة هو :

أ ـ قول الجمهور أنه إستثناء من إمتداد الخيار إلى التفرق ... والمراد أنهما أن إختارا إمضاء البيع قبل التفرقة فقد لزم البيع حينئذ ... وبطل إعتبار التفرق .

ب ـ إنه إستثناء من إنقطاع الخيار بالتفرق .

ج ـ الرأي الثالث الذي أورده المصنف هنا .

ويرجع في ذلك كله إلى نيل الأوطار على المنتقى ٥/٢١١ .

كما يراجع ابن حجر في الفتح ٤/٣٣٠ .

وأما قوله : « لهما أو لأحدهما أو لأجنبي » فصحيح لأن الأمر مفوض إليهما أو إلى من له الخيار .

قوله : « ويبطل بموت صاحبه » .

أقول : علّلوا هذا البطلان بما لا يصلح له ، فإن الحق الذي لصاحب الخيار يثبت لوارثه لأنه من جملة ما ينتقل إلى الوارث كما قدمنا ، وعلى تقدير أنه لم يطلع على ما يختاره مورثه فله أن يختار ما يوافقه بحكم الخلافة منه لمورثه وانتقال الحق إليه .

وأما قوله : « ويبطل بإمضائه » فصحيح ، ولكن جعل هذا من المبطلات خلاف المعقول ، فإنه إذا أمضى البيع فهو معنى ما جعل له من الخيار ، لأنه تفويض له أن يختار أحد الأمرين : إما الفسخ ، أو الإمضاء أو هذا المبيع أو هذا ، فهو بالإمضاء قد فعل ما جعل له ، ولم يبطله ، فإن أرادوا أن معنى بطلان الخيار أنه لا يصح منه أنه يختار الفسخ بعد اختيار الإمضاء فهذا معلوم ، ولكنه شيء غير بطلان الخيار بل معناه أنه قد صح خياره ، وفعل أحد الأمرين فليس له أن يرجع عما قد فعله من الاختيار للإمضاء ، وما ذكره من الفرق بين الإمضاء والفسخ من اشتراط كون الثاني في وجه الآخر دون الفسخ لا وجه له من رواية ولا رأي .

وأما قوله : « وبأي تصرف لنفسه » الخ فوجهه أن ذلك مشعر باختيار الإمضاء كما قدمنا .

وهكذا قوله وسكوته لتمام المدة لإشعاره بذلك على ما في هذا الإشعار من عوج ، فإن نسبة الدلالة إلى مجرد السكوت لا يكون إلا عند عوارض مشعرة بعدم تيسر النطق ، ولو بمجرد الحياء كما في قوله صلى الله عليه وآله وسلم في البكر [1] : « إِذْنُهَا صِمَاتُهَا » .

وأما قوله : « وبردّته حتى انقضت » فلا وجه له بل ينتقل هذا الخيار إلى من ينتقل إليه مال المرتد .

(١) مر الحديث من قبل ص ٢٧١ جـ ٢ .

فصل

وإذا انْفَرِدَ بِهِ الْمُشْتَرِي عَتَقَ عَلَيْه ، وشَفَعَ فيه ، وتعيّب وتَلِفَ في يَدِهِ مِنْ مَالِهِ[1] فيبطل وإلا فَالْعَكس . والفوائد فيه لِمَن استقرّ له المِلك ، والمؤن عليه ، وينتقل إلى وارث من لحق وَوَلِيّ مَنْ جُنّ وصَبِيّ بَلَغَ[2] ويلغو في النِّكاح والطَّلاق والعِتاق والوَقْف ، ويُبْطل الصَّرْف والسَّلَم إن لم يَبْطُل في المجلس والشُّفعة .

قوله : « وإذا انفرد به المشتري عتق عليه » .

أقول : المشتري بخيار شرط لا يدخل المبيع في ملكه إلا باختياره ، وهو قبل اختياره باق في ملك بائعه استصحاباً للحال ، أو عملاً باليد الأصلية ، فلا يعتق عليه ، ولا شفع ، ولا يتعيب ، ويتلف من ماله ، وإن كان في يده فهذه اليد غير مستقرة بل مشروطة بالاختيار للإمضاء ، وهكذا لا تكون المؤن عليه بل على البائع حتى يستقر ملك المشتري ، وهكذا الفوائد تكون للبائع حتى يستقر ملك المشتري وإذا استقر كانت له من وقت الاستقرار .

أما قوله : « وينتقل إلى وارث مَنْ لَحِقَ وَوَلِيّ مَنْ جُنّ وصَبِيّ بلغ » فصحيح ، أما وارث من لحق فلما قدمنا في مواضع من كون الخيار بجميع أقسامه يُورث ، وأما انتقاله إلى وَلِيّ من جُن فلقوله سبحانه[3] (فإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ) .

---

(١) إذا كان الخيار للمشتري وحده ملكه ... وإذا ملكه ثبت له أربعة أحكام :
الأول : إذا إشترى رحمة عتق عليه .
الثاني : أنه إذا ملكه بالشراء شفع فيه .
الثالث والرابع : أنه إذا تلف أو تعيب في يده فمن ماله ويبطل خياره . شرح الأزهار ٣/١٠٢ .

(٢) الخيار قد ينتقل عمن يستحقه في ثلاث صور :
ينتقل إلى وارث من لحق بدار الحرب .
وينتقل إلى ولي من أصابه الجنون .
وينتقل إلى الصبي الذي اشترى له وليه شيئاً بالخيار ثم بلغ مدة الخيار . المصدر السابق .

(٣) الآية الكريمة ٢٨٢ من سورة البقرة .

وأما انتقاله إلى صَبِيّ بلغ فلكونه صاحب الحق على الحقيقة وقد صار صحيح التصرف .

قوله : « وبلغو في النكاح » .

أقول : قد صحّ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم[1] « أَنَّ أَحَقّ مَا وَفيتُم بِهِ من الشُّروطِ ما استَحْلَلْتُم به الفُروج » إلا أن يشترط عليه[2] ما يرفع موجب النكاح ويخالف مقتضاه ، وأما في الطلاق والعتاق والوقف فوجه عدم صحة الخيار في هذه الأمور أنه تَقْيِيد لإنشاء فاعلها ، والإنشاء لا يتقيّد ولا أرى هذا التعليل صحيحاً ، فإنه إذا قال : طلقت فلانة إن اختارت ذلك ، أو أعتقت العبد إن اختار ذلك ، أو وقفت هذا على فلان ان قبل كان هذا التقييد بالشروط المذكورة للإنشاء المذكور صحيحاً ، فكيف لا يصح أن يقيدها فاعلها باختيار نفسه إلى وقت يردد فيه فكره ، ويُصحح فيه رأيه ، ولا يصح قياس هذا على نفوذ ما ينفذ منها من الهازل ، كما وردت السنة بذلك حسبما قدمنا ، لأن الهزل باب آخر ، والشرط وخياره باب آخر ، وقيل إن خيار الشرط لم يثبته الشارع إلا في البيع فيكون خاصاً به لا بسائر المعاملات ، والإنشاءات ، ولكنه يقال إن كانت العلة المعاوضة لحق بالبيع ما فيه معاوضة وإن كانت العلة كون البيع فيه جهتان لحق به ما كان كذلك ، ومن أثبت مثل هذا القياس في غير هذا الموضع فلا عذر له من القول به هنا .

قوله : « ويبطل الصرف والسلم » .

أقول : علله المصنف باشتراط التقابض في المجلس ، والباب واسع من هذا فإنه قد تقدم في الربويات فإن اتفقا فيهما اشترط الملك والحلول ، فعلى هذا أن خيار الشرط يبطل كل ما كان التقابض في المجلس شرطاً فيه مع أن نفس اشتراط الخيار لا يستلزم عدم التقابض ، فإذا تقابضا وشرط الخيار لهما أو لأحدهما لم يكن ذلك مبطلاً للصرف والسلم ولا لما هو في حكمهما في اشتراط التقابض ، بل إذا اختار من له الخيار الفسخَ

---

(١) الحديث مروي عن عقبة بن عامر ... رواه الجماعة وقد مرّمن قبل . الجزء الثاني ص . ويرجع إليه في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٦١ .

(٢) في الأصل المخطوط « من » بدل « ما » .

رد كل واحد منهما تلك العين التي قبضها كما هي ، أما إذا كان شرط الخيار مضموماً إليه تأخر قبض أحد البدلين كان باطلاً إن لم يبطل في المجلس ، وكذلك المعاملة باطلة لما فيها من النسيئة التي يقول فيها صلى الله عليه وآله وسلم[1] : « إِنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسِيئَةِ » ولكن هذا البطلان ليس لشرط الخيار بل لتأخير القبض.

وأما قوله : « والشفقة » فمبني على أنها تبطل بالتراخي وسيأتي إنشاء الله الكلام على هذا في كتاب الشفعة .

فصل

وَمَا ثَبَتَ أَوْ حَدَثَ في المَبيع قَبْل القَبْض وبَقِيَ أَوْ عَادَ مع المُشْتري وشَهِدَ عدلان ذَوَا خِبْرةٍ فيه أنّه عَيْب يُنقِص القِيمَةُ رُدَّ بِهِ ما هو على[2] حَالِهِ حَيْث وُجِدَ المالك ولا يَرْجع بِمَا أَنْفَق ولو عَلِم البَائِعُ[3] .

قوله : « وما ثبت أو حدث في المبيع قبل القبض الخ » .

أقول : الأصل في ثبوت خيار العيب والرد به ما أخرجه أحمد[4] وأبو داود وابن ماجة من حديث عائشة « أَنَّ رجلاً ابْتَاع غُلاماً فاستَغَلّه ثُمّ وَجَدَ بِهِ عَيْباً فردّهُ بالعَيْب ، فقال البائع : غَلّة عَبْدِي فقال النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم : الغَلَّةُ بالضَّمَانِ » وفي لفظ من

(١) تقدم الحديث ص ٦٧ .

(٢) شروط خيار العيب ثلاثة :

الأول : أن يكون العيب قد ثبت أو حدث في المبيع قبل القبض .

الثاني : ألا يكون قد زال عن المبيع بل بقي فيه مع المشتري أو أن يكون قد زال عند القبض لكنه عاد مع المشتري كالصراع .

الثالث : أن يكون قد شهد عدلان ذوا خبرة أن هذا العيب ينقص القيمة . شرح الأزهار ٣/١٠٤ .

(٣) المقصود برد المعيب حيث يوجد المالك فإذا رده لا يجوز أن يرجع بما اتفق على المبيع ولو علم المشتري بالعيب . المصدر السابق .

(٤) علق صاحب المنتقى على الحديث بقوله : « وفيه حجة لمن يرى تلف العبد المشتري قبل القبض من ضمان المشتري » . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٢٤٠ .

حديثهما[1] « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قَضَى أَنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ » وأخرجه بهذا اللفظ أحمد وأهل السنن وصححه الترمذي وابن حِبّان وابن الجارود والحاكم وابن القطان ، ومن جملة من صححه ابن خزيمة كما حكى ذلك الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام ، وحُكِي عنه في التلخيص أنّه قال : لا يصح ، وقد ضَعَّفَهُ البخاري ، وقد ثبت الحديث بتصحيح هؤلاء الأئمة له وله في سنن أبي داود ثلاث[2] طرق اثنتان منها رجالهما رجال الصحيح ، ومعنى قوله : « الخراج بالضمان » أن فوائد المبيع يملكها المشتري بسبب ضمانه للمبيع إذا أتلف عنده ، فالباء سَبَبِيَّة وظاهر الحديث أن العيب الذي حصل به الرد هو عيب كان عند البائع ، والاعتبار بكونه عيباً في عرف الناس وعند أهل الخبرة منهم سواء كان يُنقص القيمة أم لا .

وأما قوله : « رد به ما هو على حاله » فالظاهر أنه يُرد به على كل حال ، وسيأتي الكلام على ذلك .

وأما قوله : « ولا يرجع بما أنفق » فوجهه أنه أنفق على ملكه كما قالوا ، وفيه نظر لأن البائع إذا باع ما فيه عيب فقد حصل منه الغرر على المشتري فهو غرم لحق المشتري بسبب تغريره ، ولا سيما إذا كان عالماً وهو عاص ببيع المعيب مخالف للشريعة كما في حديث[3] « لَا يَحِلّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعاً وفِيهِ عَيْب إلا بَيَّنَهُ لَهُ » أخرجه أحمد وابن ماجة والدارقطني والحاكم والطبراني من حديث عقبة بن عامر قال ابن حجر في الفتح :

---

(١) الحديث أخرجه الشافعي وأهل السنن بطوله وهو : « أن رجلاً اشترى غلاماً في زمن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وكان عنده ما شاء الله ... ثم رده من عيب وجده فقضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم برده بالعيب فقال المقضي عليه : قد استعمله ... فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الخراج بالضمان » . المنتقى بشرح الأوطار ٥/٢٤٠ . بلوغ المرام بشرح سبل السلام ٣/٢٨ .

(٢) الطريق الثالث علق عليه أبو داود بقوله : هذا إسناد ليس بذاك يشير بذلك إلى ما أشار إليه البخاري من تضعيف أحد رواة الحديث ... وهو مسلم بن خالد الزنجي .. إذ هو ذاهب الحديث عنده .

ويرجع إلى طرق الحديث في مختصر وشرح وتهذيب سنن أبي داود ٥/١٥٨ .

(٣) بداية الحديث عن عقبة بن عامر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول : « المسلم أخو المسلم » .... إلخ الحديث . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٢٣٩ .

وإسناده حسن ، وأخرج أحمد[1] وابن ماجة والحاكم في المستدرك من حديث وَاثِلَةِ قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لَا يَحِلّ لأَحَدٍ أَن يَبِيعَ شَيْئاً إِلَّا بَيَّنَ مَا فِيهِ ، وَلَا يَحِلّ لِأَحَدٍ يَعْلَمُ ذَلك إِلَّا بَيَّنَهُ » وفي إسناده مقال ، وأخرج مسلم[2] وغيره من حديث أبي هريرة « أَنَّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم مَرّ بِرَجُلٍ يَبِيعُ طَعَاماً فَأَدْخَلَ يَدَهُ فِيهِ فإِذَا هو مَبْلُول فقال : مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » وأخرج الترمذي[3] والنسائي وأبي ماجة وابن الجارود عن العَدَّاء بن خالد بن هَوْذَة قال : كَتَبَ لي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كِتَاباً هذا ما اشْتَرَى العَدَّاءُ بن خَالِد بن هَوْذَةٍ مِنْ محمد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اشْتَرَى منه عَبْداً أَوْ أَمَةً لَادَاءَ وَلَا غَائِلَةَ وَلَا خُبْثَةَ بَيْع المُسْلِم المسلمَ .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم : « الخَرَاجُ بِالضَّمَان » فقد قدمنا أَنّ المراد به ضَمَان المبيع إذا تلف ، فكل ما انتفع به من فوائد المبيع فهو إلى مقابل هذا الضمان لا إلى مقابل الإنفاق .

---

(١) المقال الذي أشار إليه المصنف في إسناد الحديث لرجلين أحدهما أحمدُ أبو جعفر الرازي ... وهو مختلف فيه . الثاني ـ أبو سباع ... قيل إنه مجهول ... لكن الحاكم في المستدرك ، والذهبي في التلخيص صححاه . المستدرك ٢/١٠٠ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٣٩ .

(٢) الحديث رواه الجماعة إلا البخاري والنسائي ... وأخرجه الحاكم وأخرج نحوه أحمد والدارمي من حديث ابن عمر . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٣٩ .

(٣) الحديث علقه البخاري ويرجع إليه في المنتقي ... وقد نقل الشوكاني في التعليق على الحديث ما يوضح الألفاظ الثلاثة فيه : لا داء : قال المطرزي المراد به الباطن ... سواء ظهر منه شيء أم لا كوجع الكبد والسعال ، وقال ابن المنير : لا داء ... أي يكتمه البائع وإلا فلو كان بالعبد داء وبينه البائع كان من بيع المسلم للمسلم .

وقوله « ولا غائلة » قال قتادة : الغائلة الزنا والسرقة والإباق ـ قال ابن قرقول الظاهر أن تفسير قتادة يرجع إلى الخبثة والغائلة معاً ... وقيل الغائلة سكوت البائع عن بيان ما يعلم من مكروه في المبيع ... وقال ابن بطال : هو من قولهم إغتالني فلان أي إحتال بحيلة سلب بها مالي ... وقوله « ولا خبثة » بكسر أوله وبضمه قيل المراد الاخلاق الخبيثة ، وقيل غير ذلك . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٤٠ . الصحيح ٤/٣٠٩

فصل

وَلَا رَدّ وَلَا أَرْشَ إِنْ تَقَدَّمَ العِلْمُ ولو أُخْبِرَ بِزَوَال مَا يتكَرَّر [1] ، أو رَضِيَ ولو بالصَّحِيح منه أو طلب الإقالة أو عالجه أو زال معه أو تصرف بعد العلم بأي تصرف (غالباً) ، أو تبرأ البائع مِنْ جِنْسٍ عَيَّنَهُ أو قَدْرٍ منه وَطَابَقَ [2] لا مما حدث قبل القَبْض فيفسد .

قوله : « ولا رد ولا أرش الخ » .

أقول : هذا صحيح لأن تقدم علم المشتري بالعيب ، وإقدامه على الشراء بعد العلم يدل على أنه قد رضي به دلالة بينة واضحة .

وأما قوله : « أو أُخبر بزوال ما يتكرر » فلا بد أن يعلم أن ذلك العيب مما يتكرر أو يبين له البائع ذلك وإلا ثبت له الرد ، وأما إذا رضي بالعيب فليس بعد الرضي شيء .

وأما قوله : « ولو بالصحيح منه » فغير مسلم فإن الرضا بالصحيح دون المعيب لا يستلزم الرضا بالمعيب ولا يكون تفريق الصفقة موجباً لعدم الرد ، وإذا كان على البائع في التفريق ضرر كان المانع هو هذا لا مجرد تفريق الصفقة فيما لا ضرر في تفريقه ، وقد قدمنا عند قول المصنف : « ومتى انضم إلى جائز البيع غيره فسد » ما قد عرفته .

وأما ما ذكره من طلب الإقالة والمعالجة والتصرف بعد العلم ، ففي بطلان الرد الثابت شرعاً بهذه الأمور نظر ، لأن إشعار هذه بالرضى بالعيب غير مسلم ، بل قد بطلت الإقالة محاسنه وطلباً لرضاء البائع بدون خصومه ، وقد يعالجه لرجاء أن يذهب فلا يرده ، فإذا لم يذهب فهو على حجته ، وهكذا التصرف بشيء من فوائده فإن ذلك مما أباحه له الشرع كما تقدم في الحديث .

---

(١) المشتري لا يستحق رد المعيب بالعيب ولا أرش يستحقه في ذلك العيب أن تحقق سبعة أشياء ... أولها تقدم العلم بالعيب قبل العقد . ولو كان المشتري قد أخبر بزوال ما يتكرر قبل العقد كالصرع وما أشبهه . شرح الأزهار ٣/١٠٧ .

(٢) إذا تبرأ البائع من جنس من العيوب عينه أو تبرأ من قدر معلوم منه وانكشف القدر الذي تبرأ منه من غير زيادة فإنه يبطل حق الرد . المصدر السابق .

وهكذا إذا تصرف بالعين نفسها ، ثم ردت عليه بذلك العيب فحقه في الرد ثابت بالشرع ، ولا يمنع عنه إلا دليل من الشرع أو الرضا المحقق أو ما يشعر بالرضا المحقق ، وهو تقدم العلم بالعيب ، وهكذا إذا تبرأ البائع من عيب معين أو من جنس من أجناس العيوب ، فإن المشتري إذا قبل ذلك فقد رضي لنفسه إذا لم يكن العيب الموجود إلا ما تبرأ منه البائع لا إذا انكشف زائداً عليه ثبت له الرد بالزيادة .

وأما قوله : « لا مما حدث قبل القبض » فيفسد ففيه نظر لأن المشتري رضي لنفسه وهو بالغ عاقل ، والرضا هو المناط الشرعي في البيع ، فليس لنا أن نقول لا حكم لهذا الرضا ، لأنه منع لمناط شرعي بغير دليل ، وأما تعليل ذلك بأنهشرط مقارن للعقد فيقضي فساد عقد البيع فقد عرفت مما قدمنا في الشروط ما يندفع به هذا التعليل .

فصل

ويُستحقّ الأَرْش لَا الردّ إلا بالرِّضَا بتلفه أَوْ بَعْضِهِ[1] في يَدِهِ ولو بَعْد امْتِنَاع البائع عن القبض أو القبول مع التَّخْلِية ، وبخروجه أو بَعْضه عَنْ مِلْكه قَبْل العِلْم ، ولو بِعِوَضٍ ما لَمْ يُرَدَّ عليْهِ بِحُكْمٍ وبتَعَيُّبِهِ مَعَه بِجِنَايةٍ يُعْرَفُ العَيْبُ بدونها ممن تُضمنُ جِنَايَتُه وَفِي عَكْسِهَا يُخيِّر بَيْن أَخْذِهِ وأَرْش القَدِيم أَوْ رَدِّهِ وَأَرْش الحَدِيث إلا عن سبب قَبْل القَبْض فلا شيء ، فإن زال أحدُهما[2] فالتبس أَيّهما تَعَيّن الأَرْش ، ووطْؤُهُ ونَحْوُه جِنَايَةٌ[3] وبزِيَادَتِهِ معه مَا لَا يَنْفَصِلُ بِفِعْلِه ، وفي المنفصل يُخَيّر بَيْن أَخْذ الأَرش أو القَلْع والردّ ، فإن تضرّر بطَل الرّد ، لَا الأَرْش ، ولو كان الزّائد بها ثمن المَعِيبِ قِيمِيًّا سَلِيماً لم تَبْطُل[4] واستحق قِيمة

---

(١) الفصل معقود لبيان الوجوه التي يبطل بها الرد ويستحق الأرش وأولها أن يتلف المبيع أو بعضه في يد المشتري . شرح الأزهار ٣/١١١ .

(٢) أحدهما : أحد العيبين القديم والحديث .

(٣) جناية تبطل الأرش .

(٤) لو كان ثمن المعيب هو الذي وضعت عليه الحيلة لم يبطل الرد بتضرره إذا فصلت . المصدر السابق .

الزِّيادة كَلو تضرَّرت الزِّيادَة وَحْدَها فِيهِمَا وأمَّا بِفِعْلِ غَيْرِه فيردّهُ دُون الفَرْعيّة مُطْلقاً ، وكذا الأصلية إلا بحكم فيضمن تالفها .

قوله : « ويستحق الأرش لا الرد إلا بالرضا بتلفه أو بعضه في يده » .

أقول : أما تلفه فظاهر لأن الأرش هنا غاية ما يمكن بعد تلف المبيع ، وأما إذا تلف بعضه فله رد الباقي وأخذ أرش التالف ، لأن الشرع قد أثبت له رد المعيب كله ، فرد بعضه بالأولى وما عللوا به من تفريق الصفقة لا وجه له .

وأما [قوله] : « ولو بعد امتناع البائع عن القبض أو القبول مع التخلية » فظاهر لأن المشتري قد استحق الرد مع البقاء ، والأرش مع التلف ، فلا فرق بين أن يكون التلف بعد الرد أو قبله ، ولا بين رضا البائع بالرد أو امتناعه .

قوله : « وبخروجه أو بعضه عن ملكه قبل العلم ولو بعوض » .

أقول : إذا خرج عن ملكه قبل العلم بالعيب فهو على حجته ، وقد أثبت له الشرع رد المعيب وخروجه عن ملكه قبل علمه بعيبه لا يُبطل حقه الثابت بالشرع فله استرجاعه ورده بعينه بذلك العيب ، ولم يمنع من الرد رواية صحيحة ولا رأي مستقيم ، وأما إذا أخرجه عن ملكه بعد العلم بالعيب فإن رُدّ عليه لذلك العيب فله رَدّه على البائع منه ،وأن طولب من المشتري الآخر بالأرش فله أن يرجع به على البائع منه ، لأنه غُرْم لحقه بسببه وإن رضي بـه المشتري منه ولم يطالبه برد ولا أرش فقد صح البيع ، ولم يلحقه نقصٌ بسبب العيب فلا يُطالب البائع منه بشيء ، والحاصل أن مثل هذه المسائل مما يقضي منه العجب لأنها مبنية على غير أساس ، وأعجب من هذا مَنْ يدعي الإجماع على مثل هذه الخرافات .

قوله : « وبجناية يُعْرف العيب بدونها ممن يُضمن جنايته » .

أقول : الجناية مضمونة على الجاني سواء كان المشتري أو غيره ، وذلك غير مانع من الرد فيرده، للمشتري مع الأرش اللازم ، وكأنها وقعت الجناية على المبيع وهو في ملك

البائع ، ولا يكون مثل هذا مبطلاً لِحَق المشتري الثابت بالشرع ، وليس هاهنا رواية ولا رأي صحيح يصلحان للمنع من الرد .

وأما قوله : « وفي عكسها يخير » الخ ، فهذا صحيح لأن الحق للمشتري فما رضي به لزمه ولزم البائع قبوله إلا أن يختار رد المبيع إليه بلا أرش ، فله ذلك .

وأما قوله : « إلا عن سبب قبل القبض فلا شيء » فوجهه أن ذلك التعّيب كان لهذا السبب ، ولا اختيار للمشتري فيه لكونه عن السبب المتقدم على العقد .

وأما قوله : « فإن زال فالتبس أيهما تعين الأرش » يعني على البائع للمشتري ، والأولى أن يقال تعين الرد للمبيع على بائعه بالدليل الصحيح ، وإذا نقص عن قيمته وقت الشراء بسبب من المشتري كان للبائع المطالبة بأرش النقص إلا أن يختار المشتري بقاءه لديه وأخذ الأرش فله ذلك .

وأما قوله : « ووطؤه جناية » فصحيح ، ولكنه إذ أوقع الحمل امتنع الرد لوجود سبب العتق ، وله أن يرجع بالأرش لأن المفروض أنه وطيء قبل العلم بالعيب ، وأما إذا لم يقع الحبل فله الرد ويسلم أرش النقص إن حصل بذلك نقص .

قوله : « وبزيادته معه ما لا ينفصل » .

أقول : لا وجه لجعل هذه الزيادة مبطلة للرد بل نقول لِلمشتري : الردّ بالدليل المتقدم ، وهذه الزيادة مضمونة على البائع لأنه غره ببيع المعيب منه ، وإن اختار المشتري الأرش فله ذلك ، وأما الزيادة المنفصلة فإن شاء المشتري أخذها ورد المبيع ، وإن شاء تركها ورد المبيع ، وليس له أن يطالب بالأرش لأن الزيادة هاهنا منفصلة ، ولا مانع له من أخذها إلا يكون قد حدث في المبيع نقص من جهة أخرى ، فله إذاً اختار بقاءه لديه أن يطالب بالأرش .

وأما قوله : « فإن تضرر بطل الرد لا الأرش » فلا وجه لبطلان الرد بل المشتري

بالخيار إن شاء رده بزيادة وإن شاء أخذ الأرش إن كان في المبيع ما يقتضي النقص الموجب للأرش .

وأما قوله : « ولو كان الزائد بها » إلى آخر الفصل ، بلا يخفاك أنه خروج عن البحث ، ولكن الكلام في هذه الزيادة كالكلام في الزيادة في المبيع ، بلا نطول البحث بما لا طائل تحتـــه .

فصل

وفَسْخُه على التَّراخِي ، ويورثُ وبالتَّراضِي وإلَّا فَبِالْحَاكِمِ بَعْدَ القَبْضِ ولو مُجْمعاً عليه[1] ، وهو[2] ينوب عن الغائب والمتمرّد في الفَسْخ والبَيْع لِتَوْفير الثَّمنِ أو خَشْية الفَسَاد ، وفَسْخه[3] إبطال لِأَصْل العَقْد فَتُرَدّ مَعه الأَصلية ويبطل كلّ عقد ترتب عَلَيْه ، وكلّ عيب لَا قِيمةَ لِلْمَعِيب مَعَهُ مطلقاً أَوْجب رَدّ جَمِيع الثَّمنِ لَا بَعْد جِنَايَةٍ فقط فَالأَرْش فَقَط[4] وإن لم يَعْرف بدُونها ، ومن باع ذَا جُرْحٍ يَسْري فَسَرَى فَلَا شَيْءَ على الْجَارِحِ فِي السِّرَايَةِ به إنْ عَلِمَا ، أو أَحدُهما ، والعَكْس إنْ جَهِلَا وتَلِفَ أَوْرُدَّ بِحُكْم ، وهو عَيْب وإذا تعذَّر علَى الوَصِيّ الرَدّ من التركة فَمِنْ مَالِهِ .

قوله : « وفسخه على التراخي » .

أقول : وجه ذلك أن الرد بالعيب حق ثابت للمشتري بالشرع ، فما دام المعيب

---

(١) فسخ المعيب يكون بأحد وجهين ... إما بالتراضي وإما بحكم الحاكم إن تشاجرا ولا يفسخ مع التشاجر إلا بالحكم ولو كان العيب مجمعاً عليه . شرح الأزهار ٣/١١٨ .

(٢) الضمير يعود إلى الحاكم .

(٣) إذا حكم الحاكم بفسخ عقد البيع للمعيب ترتب عليه هذه الأحكام : ترد معه الفوائد الأصلية لا الفرعية ..... إلخ . المصدر السابق .

(٤) كل عيب انكشف في المعيب لا قيمة للمعيب معه مطلقاً ... أي في جميع الأحوال سواء جني عليه معه ... أم لم يجن عليه . فإنه يقتضي بطلان البيع ويجب ردّ جميع الثمن . أما إذا لم يكن له قيمة بعد الجناية فقط بحيث لو لم يجن عليه لكان له قيمة ... فالارش هو الواجب فقط ... وهو ما بين قيمته معيباً سليماً من الجناية ... وقيمته سليماً منها غير معيب . المصدر السابق .

موجوداً ، أو العيب ظاهراً كان الرد ثابت ، وإن طالت المدة إلا أن يَرْضى به أو يُسْقطه ، ولا وجه لتقييد مدة هذا الخيار بثلاثة أيام استدلالاً بما في حديث المُصَرَّاة[1] وفي حديث حَبَّان بن مُنْقِذ[2] لأن الأول من خِيَارِ فَقْد الصِّفة ، والثاني من خيار الخِدِيعة والغَرَر ، وهكذا يورث عنه كما قدمنا غير مرة ، لأن ما كان للموّرث فهو ثابت للوارث ومنتقل إليه بالأدلة الثابتة في الكتاب والسنة ، وأما كون فسخه بالتراضي وإلا فبالحكم فظاهر لأنه إذا حصل التراضي أغني عن التشاجر وإذا لم يحصل ووقع التشاجر احتاجا إلى رفع الخلاف ودفع الخصومة بالحاكم ، ولا فرق بين أن يكون ذلك قبل القبض أو بعده ، ولا بين أن يكون بالعيب مجمعاً عليه ، أو مختلفاً فيه ، وأما كون الحاكم ينوب عن الغائب والمتمرّد في الفسخ فظاهر ، لأنه لو لم يكن ذلك له لحصل الإضرار بمن له الفسخ . وهو منكر ودفع المنكر واجب ، والحاكم أقدر الناس عليه ، ولكن كان الأولى أن يقول المصنف : وهو يحكم على الغائب والمتمرد بالفسخ إذ لا معنى للنيابة هاهنا ، وسيأتي تكميل الكلام في باب القضاء .

وكما يُحكم عليه بالفسخ يُحكم عليه بالبيع لتوفير الثمن ، أو لخشية الفساد ، وأما كون فسخ الحاكم إبطالاً لأصل العقد فصحيح ، إذا كان الحكم بوجه الحق ، ولا وجه للتقييد بقوله « ويرد معه الأصلية » بل لا يرد معه الأصلية ولا الفرعية لأن الخراج بالضمان ، كما حكم به[3] رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، وأما كونه يبطل كل عقد ترتب عليه فظاهر لأن صحة المتأخر مشروطة بصحة المتقدم .

قوله : « وكل عيب لا قيمة للمعيب معه الخ » .

---

(١) مر الحديث من قبل ص ٦ .

(٢) هو حبان بن منقذ الأنصاري الخزرجي ... ضبطه صاحب أسد الغابة بفتح الحاء ... وفي حديث عمر بن الخطاب عند الشافعي ابن الجارود والحاكم والدارقطني أن الرجل إسمه حبان بن منقذ ... وقيل أن القصة لمنقذ والد حبان ... كما ورد في حديث ابن عمر عند الحميدي في مسنده والبخاري في تاريخه ... وحديث محمد بن يحيى بن حبان عند البخاري في تاريخه . وابن ماجه والدارقطني قد سبق أن علقنا على الحديثين الأخيرين ص ٦ .

ويراجع نيل الأوطار على المنتقي ٥/٢٠٧ . أسد الغابة ١/٤٣٧ .

(٣) تراجع ص

أقول : هذا كلام قليل الجدوى ، لأن مجرد وجود العيب سَوَّغ به رد المبيع ، وإن لم ينقص به القيمة كما قررنا فيما سبق أو نقصت به كما تقدم للمصنف ، ورد المعيب على كل حال يوجب رد جميع الثمن .

وأما قوله : « لا بعد جناية فالأرش فقط » فقد تقدم له في الفصل الذي قبل هذا ما يُغني عنه .

وأما قوله : « وإن لم يعرف بدونها » فقد جعله فارقاً بين الكلام هاهنا وبين ما تقدم ، وليس لهذا الفرق به ومن منقول ولا من معقول ، وقد قدمنا ما هو الصواب .

قوله : « ومن باع ذا جرح يسري فسري ... الخ » .

أقول : لا يخفاك أن الجاني على ملك الغير قد لزمه أرش الجناية بالشرع ، فلا يسقط عنه إلا بإسقاط لا بمجرد بيع المالك أو شراء المشتري منه ، فإن هذا لا يصلح مسقطاً لما هو لازم ، هذا إذا كان الجاني على ذلك أجنبياً ، أما إذا كان الجاني هو المالك الأول ، ثم باعه إلى آخر ، وهذا باعه إلى مشتر ، فلا شك أن سراية الجناية عَيْب ثابت من عند البائع الأول فَالرَّد بِهِ ثابت ، فإن علم المشتري منه بالسراية واشتراه منه بهو كما قدمنا في تقدم العلم بالعيب ، وهكذا إذا علم المشتري منه بأن مثل هذا الجرح يسري فهو كذلك ، فلا رد ولا أرش ، وإن جهلا كان لكل واحد منهما الرد بذلك العيب ، وهو السراية فإن تعذر الرد بوجه فالأرش ، وبالجملة فهذه المسائل أكثرها تطويل بلا طائل مع كون غالبها على شفا جرف هار وقد تقدم ما يغني عن هذا فإن قوله : « ولا رد ولا أرش إن تقدّم العلم » يشمل كل عيب ، ومنه الجرح الذي يسري ، ويغني عن قوله : « والعكس إن جَهِلَا وتَلِف » قولُه في الفصل المتقدم قبل هذا « ويستحق الأرش لا الرد بتلفه » الخ وكون المسألة مفروضة في بائعين أو ثلاثة أو أربعة أو عشرة أو زيادة على ذلك لا يقتضي شغلة الحيّز وإتعاب الطلبة بإن البحث واحد .

قوله : « وإذا تعذر على الوصي الرد من التركة فمن ماله » .

أقول : لا وجه لهذا من معقول ولا من منقول ، فالوصيّ لا جنَاية منه ولا تفريط ولا تَغْرِير ، ولا تدليس فبأي وجه حل تغريمه ، بإنه إذا تعذر عليه الرد من التركة لثمن ما باعه كان صاحب ذلك الثمن من جملة من يتعلق له حق بتركة الميت ، ويصير كأحد الغرماء يصير له من الأسوة بقدر ما هو له من الثمن إذا لم يمكن أن يوجد في التركة ما يقوم بجميع الثمن ، هذا على تقدير أن العين المبيعة التي اشتراها منه الوصيّ قد تلفت ، أما لو كانت باقية كان[1] أحق بها كما حكم بذلك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بقوله « مَنْ وَجَدَ سِلْعَتَه عِنْد مُفْلِس فَهُوَ أَحَقّ بِهَا » والميت الذي صارت تركته مستغْرَقَة بالدين له حكم المفلس ولتركته حكم ما في يد المفلس .

فصل

وإذَا اختلف المشتريان فالقوْلُ فِي الرّؤية لِمَنْ رَدَّ ، وفي الشَّرط لِمَنْ سَبَقَ والجِهَة وَاحِدَةٌ فإن[3] اتَّفقا فالفسخ لِمن رَضِيَ ويلزمه جَمِيعاً وله أرش حصة الشريك :

قوله : « والقول في الرؤية لمن رد » .

أقول : وجه ذلك أنه قد ثبت له حق الرد ، ولا يلزمه رضا صاحبه ، وكذلك صاحبه لا يلزمه عدم رضا شريكه به ، فكان لمن اختار الفسخ استيفاء حقه بالرد فإن وافقه الراضي فذاك وإن اختار عدم الفسخ كان له ذلك إلا أن يكون في رد البعض وإمساك البعض ضرر على البائع فإنه يجب دفع الضرر عنه بإجبار الشريكين على الاتفاق .\ إما فَسْخاً أو رِضاً ، وهكذا الكلام في خيار الشرط ، ولا وجه للفرق ولا دل عليه دليل عقل ولا نقل والحكم

(١) حق التعبير أنيقال : « فإنه يكون أحق بها » وقد سبق التنبيه إلى مثل ذلك .
(٢) مر الحديث من قبل ... ويراجع المنتقي بشرح نيل الأوطار ٢٧٢/٥ .
(٣) إنما يثبت الحكم إذا كانت الجهة واحدة ... نحو أن يكونا مشتريين معاً أو بائعين معاً . شرح الأزهار ١٢٤/٩ .

في السبق والاتفاق منهما واحد لا تأثير لأحدهما في الترجيح لأحد الجانبين أصلاً ، وهكذا الكلام في العَيْب لكل واحد منهما اختياره إلا فيما يضر بالبائع ، والحاصل أن هذه المسائل مبنية على خيالات مختلّة وعلل مُعتلة وما بمثل هذه الأمور الزائفة تثبت أحكام الله عز وجل .

باب ما يدخل في المبيع

فصل

يدخل في المَبيع ونَحْوِهِ لِلْمَمَالِيك ثِيَابُ البَذْلَةِ ، وما تُعُورِف به ، وفي الفَرَس العِذَارُ فقط ، وفي الدَّار طُرُقُها وَمَا أُلْصِقَ بِهَا لِيَنفع مَكَانَه ، وفي الأرض الماء إلّا لِعُرْفٍ والسَّوَاقي والمَسَاقِي ، والحيطان والطّرق المعتادة إن كانت وإلا ففي مِلك المشتري إن كان ، وإلا ففي مِلك البائع إن كان[1] وإلا فعَيب ، ونَابِتٌ يبقَى سنةً فصاعِداً إلا ما يُقْطَع منه إن لم يشترط مِنْ غُصن ووَرَقٍ وثَمَرٍ ، ويبقى للصلاح[2] بلا أُجرة ، فإن اختلط بما حدث قبل القبض قبل بَسَد العَقْد لا بعده ، فيقسم وَيُبَيِّنُ مدعي الزّيادة والفَضْل ، وما استثنى أو بيع مع حقه بقي . وعُوِّض ، والقَرَار لِذِي الأرض[3] وإلا وجب رفعه ، ولا يدخل مَعْدِن ولا دَفِين ولا دِرْهم في بَطْن شَاةٍ أو سَمَك والإسلامي لُقطَة إنْ لم يَدَّعِه البائعُ[4] والكُفْرِيّ والدُّرة للبائع ، والعَنْبر والسَّمك في سَمك ونحوه للمشتري .

قوله : « باب ما يدخل في المبيع وتلفه واستحقاقه يدخل في المبيع ونحوه للمماليك الخ » .

أقول : هذا وإن كان رَدًّا إلى مجرد العادة فهي في مثل هذا متبعة لأنها كائنة في ضمير كل واحد من المتبايعين ، فإذا قال : بعت منك العبد أو الأمة فمعلوم لكل واحد منهما

---

(١) إذا بيعت الأرض دخلت الطرق المعتادة إن كانت لها طرق معتادة مع البائع . فإن لم يكن لها طريق في ملك البائع ففي ملك المشتري تكون طريقها أن كان في ملكه ما يتصل بها وإلا ففي ملك البائع ويجبره الحاكم على ذلك إن كان له ملك يتصل بها . شرح الأزهار ٣/١٢٦ .

(٢) إذا لم يدخل الزرع والغصن والثمر في المبيع وبقي على ملك البائع وجب أن يبقي للصلاح ... أي إلى أن يصلح للجذاذ . المصدر السابق .

(٣) القرار الذي فيه الشجر أو البناء .

(٤) الإسلامي : هو الدرهم الإسلامي المضروب في بلاد المسلمين لقطة إلا إذا ادعاه البائع . المصدر السابق .

أنه لا بد أن يكون عليهما ما يستر عورتيهما ويواري ما جرت عادة الناس في مماليكهم بمواراته على اختلاف في ذلك بين أعراف أرباب بالمناصب والحشمة والثروة ، وبين غيرهم ، فقد يسمح الغني ومن له رياسة بما لا يسمح به الفقير ، ومن هو من أهل الحِرف[1] الدنيّة ، والأعراف الجارية بين الناس التي لا يخالف الشرع قد أمر الله سبحانه في كتابه العزيز بالرد إليها كما في قوله في غير موضع (بالمعروف) علـى أنه قد ثبت في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر بلفظ « وَمَنْ ابْتَاعَ عَبْداً فَمَالُه لِلَّذِي بَاعَهُ إلا أَنْ يَشْتَرِطَ المُبْتَاعُ » ، ولكن الباب مبني على الأعراف ومن المرجوع إليه في الأعراف بيع الحيوانات الفرس وغيرهما ، فما كان مُتعارفاً به كان في حكم المنطوق به ولا وجه لقول المصنف : « وفي الفرس العِذَار فقط » بل المتوجه الرد إلى العرف كائناً ما كان ، وعـــرف أهل بلد لا يُلزم أهل بلد آخر إذا تخالفت أعرافهم .

وأما قوله : « وفي الدار طرقها » فليس دخول الطرقات لمجرد العرف بل هو للضرورة التي لا يمكن الانتفاع بالمبيع إلا بها ، فلو باع الدار من دون طرقها كان في منع المشتري من الطريق التي لا يمكن دخول الدار إلا منها إبطال لفائدة الدار ، وقد تقدم أن بيع ما لا نفع فيه لا يصح ، وهكذا قوله : « وما ألصق بها لينفع مكانه » فإن ذلك داخل في مسمى الدار لاشتمالها على جميع أبوابها ، وطاقاتها ، ونحوها حال البيع لمن أدعى أن شيئاً من ذلك خارج عن المبيع لم يقبل منه إلا ببرهان ، وهكذا قوله : « وفي الأرض الماء » الخ فإنه وإن كان العقد واقعاً على مجرد الأرض فدخول ما لا يمكن الانتفاع بها إلا به هو من لوازم البيع ، ومعلوم أن سواقي الأرض ومساقيها والماء الذي تشرب منه تابع للأرض ، وإذا جرت الأعراف بما يخالف هذا كان ذلك في حكم الاستثناء لتلك الأمور ، أو لبعضها ، وهكذا طرق الأرض تابعة لها ، ويتوقف الانتفاع بها عليها كما تقدم في الدار ، فإن اشترى الأرض ولا طريق لها عالماً بذلك فقد رضي بالعيب ، ولا رد ولا أرش ، وإن كان جاهلاً

---

(١) الحديث أخرجه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وابن ماجه... ولفظ البخاري : « من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع ... ومن ابتاع عبداً وله مال ..... إلخ » . واللفظ الذي أورده الشوكاني لابن ماجه . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٩٣ . مختصر وشرح وتهذيب سنن أبي داود ٥/٧٨ . هداية الباري ٢/١٣٣ .

كان له فسخها لأن ذلك عيب من أعظم العيوب بل لم ينعقد البيع من الأصل لأنه لم يرض بأرض لا طريق لها فقد كشف عدم وجود الطريق على أن الرضا السابق كلا رضا ، فلم يوجد المناط الشرعي الذي هو قوله عز وجل (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) بلا وجه لقوله : « ففي ملك المشتري إن كان وإلا ففي ملك البائع إن كان بل الأعتبار لما ذكرناه من علم المشتري بعدم الطريق أو عدم علمه .

قوله : « وثابت يبقى سنه فصاعداً » .

أقول : ما كان هكذا فالظاهر أنه داخل في بيع الأرض غير مستثني ، ولهذا ثبت في الصحيحين[1] وغيرهما من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « مَنْ ابْتَاعَ نَخْلاً بَعْدَ أَنْ يُؤَبَّر فَثَمرتُها لِلَّذِي بَاعَهَا إلّا أَنْ يَشْتَرِطَ المُبْتَاعُ » فأفاد أن ثمرة النخل قبل أن يؤبر للمشتري ، وإذا كان هذا في نفس الثمرة فبالأولى الشجر الثابت الذي يراد به البقاء ، فلا يقال إنه دخل بالعرف بل بنفس العقد على الأرض ، وأما ما يقتطع منه من غصن وورق وثمر فينبغي إلحاقه بثمر النخلة ، فإن كان قد وقع من البائع فيه عمل كالعمل الواقع بالتأبير فهو للبائع ، وإلا فهو للمشتري ، وإذا قد فعل فيه البائع عملاً كذلك فهو له ، ويستحق بقاءه حتى يصلح ، ولا يلزمه أجرة للمشتري ، لأن الشرع قد جعل ذلك له ، فلا بد من بقائه حتى يصلح ، لأن ذلك من تمام كونه له ، وإذا اختلط هذا الذي قد صار للبائع بالعمل فيه بغيره مما لا عمل له فيه كان الرجوع في ذلك إلى أهل الاختيار ، فإن ميزوا بينهما فذاك وإن لم يميزوا جعلوا للبائع بقدر ما يكون في أمثال ذلك المبيع وقت البيع ، وللمشتري ما عدا ذلك فإن التبس الأمر من كل وجه فكما قال المصنف يقسم ويبيّن مدعي الزيادة .

قوله : « وما استثنى أو بيع من حقه الخ » .

---

(١) جزء من الحديث السابق ... وأبرت النخل أبراً من بابي ضرب وقتل ـ لقحته وأبرته تأبيراً ـ مبالغة وتكثير ... والأبور وزان رسول ما يؤبر به . المصباح .

أقول : هذا مرجعه التراضي بين البائع والمشتري ، فإن تراضيا على مقدار البقاء لزم ما تراضيا عليه وإن لم يتراضيا فإن جرى عرف بين أهل بلدها بالبقاء أو عدمه كان العمل على ذلك ، وإن لم يحصل التراضي ولا وجد العرف رفع المستثني ما استثناه ، ولا حق له في البقاء ، وأما ما بيع مع حقه فيبقى الحق ثابتاً للمشتري ، وإذا تلف فإن جرت الأعراف باستمرار ثبوتها للمشتري وتعويضها إذا تلفت أو بعضها كان للمشتري ذلك لأن العرف معلوم لكل واحد منهما عند العقد ، وإن لم يكن منها بل من التي ينتفع بها مادامت باقية فليس للمشتري التعويض ، والأعراف في هذا الباب محكّمة كما قدمنا وأما كون القرار لذي الأرض فشيء معلوم لا يحتاج إلى النص عليه .

وأما قوله « وإلا وجب رفعه » فقد عرفت مما قدمنا أنه لا بد من التفصيل .

قوله « ولا يدخل معدن » .

أقول : وجه هذا أن البائع لو علم به لم تطب نفسه بالثمن الذي تراضيا عليه ، فقد كشف ذلك عن اختلال التراضي الذي هو المناط في نقل الأملاك ، وإذا اختل فلا بيع ، فلا بد بعد انكشاف المعدن والدّفين ونحوهما من التراضي عن البيع بثمن تطيب به نفساهما فإن وقع منهما ذلك كان بيعاً جديداً . وهكذا الكلام فيما وجد في بطن الشاة والسمك أنه مستحق للبائع ، وأما التفصيل بين كونه إسلامياً أو كفرياً فلا دخل له في الباب بل ذلك حكم آخر يعمل البائع فيه بما يقتضيه الشرع ، وهكذا حكم العنبر في سمك ونحوه . والحاصل أن من عرف أن مناط أحكام البيع الشرعية هو التراضي لم يستبعد هذا ، ومن خَفِيَ عليه فمن نفسه أُتي .

فصل

وَإِذَا تَلِفَ المبيعُ قَبْلَ التَّسْلِيم النَّافِذ في غَيْرِ يَدِ المُشْتَرِي وَجِنَايَتِهِ فَمن مَالِ البَائِعِ قِيلَ وإن استَعمله فَلاَ خَرَاجَ . وإِنْ تَعَيَّب ثبتَ الخِيارُ ، وبعده مِنْ مالِ المُشْتَرِي ولو في يد البائع ، وإذا استُحِقّ رُدّ لمُستَحِقّه ، فبالإذنِ أو الحُكم بالبيّنة أو العِلم يَرْجِع بالثمن وإلا فلا ،

وما تَلِف أو استُحِقّ منه ما ينفرد بالعقْد فكَمَا مَرّ [1] فإن تَغيَّب به الباقي ثبت الخيار .

قوله : « وإذا تلف المبيع قبل التسليم النافذ الخ » .

أقول : أعلم أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قد أخبرنا بأنه إذا حصل التفرق من مجلس العقد فقد وجب البيع ، ومعلوم أن وجوب البيع يقتضي دخوله في ملك المشتري وخروجه من ملك البائع ، وإذا قد دخل في ملك المشتري صار له غُنمه وعليه غُرمه كسائر أمواله ، فيتلف من ماله . ولم يأت دليل يدل على أنه لا بد من القبض وأنه لا يدخل في ملكه إلا به ، ولم ترد الأدلة إلا في نهي البائع عن أن يبيع ما لم يكن في قبضه وما ليس عنده . إذا تقرر لك أن التفرق من مجلس العقد موجب للبيع كما صرحت بذلك الأحاديث الثابتة في الصحيحين وغيرهما ، وأنه صلى الله عليه وآله وسلم لم يستثن من ذلك إلا بيع الخيار ، فكيف يقال إن المبيع يتلف من مال البائع بعد البيع قبل القبض ، فإن هذا من غرائب الأحكام ، ومع كونه مخالفاً للدليل فهو أيضاً مخالف للرأي المستقيم الجاري على نمط الاجتهاد ، لأن تلف ما قد صار في ملك لا يتلف الا من ملكه وتضمين غير المالك ظلم له .

فالحاصل أنا نمنع أولاً كونه يتلف من مال البائع بعد التفرق من مجلس العقد مسندين هذا المنع [إلى] الدليل الناطق بأنه وجب البيع بالتفرق ، ثم نمنع ثانياً كون القبض شرطاً . فلا عذر للقائل بأنه يتلف من مال البائع [أخذا] من الدليل [2] المتنهض لما منعناه ، فإن قلت قد ثبت في صحيح [3] مسلم وغيره من حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « إِنْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ تَمْراً فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فلاَ يَحِلّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئاً : بِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ » وفي لفظ لأحمد وأبي داود [4] والنسائي « أن النبي

(١) ما تلف من المبيع قبل التسليم أو استحق ما ينفرد بالعقد كثوب من ثوبين أو نحو ذلك ... فكما مر من أنه يتلف من مال البائع على التفصيل المتقدم ويرد لمستحقه على التفصيل المتقدم . شرح الأزهار ٣/١٣٦ .

(٢) يشير إلى الحديث السابق فهو يفيد وجوب البيع بالتفرق دون اشتراط قبض ولا تضمين للبائع بالهلاك قبل القبض .

(٣) الحديث رواه أيضاً أبو داود والنسائي وابن ماجه وفي الباب عن عائشة عند البيهقي بنحوه...وعنها في الصحيحين مختصراً . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٢٠٠ .

(٤) المنتقي بشرح الأوطار ٥/٢٠٠ .

صلى الله عليه وآله وسلم « وَضَعَ الجَوَائِحَ » قلت : قد ثبت في الصحيحين [١] وغيرهما من حديث أنس ما يدل على تقْييد هذا الوضع بما إذا وقع البَيْع قبل الصَّلاح ولفظه « أنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم نَهى عن بَيْعِ الثَّمرةِ حَتَّى تُزْهَى » قالوا : ومَا تُزْهَى ؟ قال : تَحْمَرّ » وقال : إِذَا مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ فَبِمَ تَسْتَحِلّ مَالَ أَخِيكَ ؟ » فهذا الوضع قد ترتب على بيع منهيّ عنه ، وما كان منهياً عنه فهو غير صحيح والكلام هنا في بيع صحيح وجبَ بالتفرق وهذا فارق واضح لا يصح معة القياس ، ويؤيد هذا ما ثبت في صحيح [٢] مسلم وغيره من حديث أبي سعيد قال : « أُصِيبَ رَجُلٌ في ثمارٍ ابْتَاعَهَا ، فَكَثُرَ دَيْنُه فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : تَصَدَّقُوا عَلَيْه فلم يَبْلغْ ذلكَ وَفَاءَ دَيْنِه فقال : خُذُوا مَا وَجَدْتُم وَلَيسْ لَكُم إلا ذَلكَ » ولم يوجب صلى الله عليه وآله وسلم على البائع منه للثِّمار أنْ يرد الثّمن الذي قبضه منه ولو سلمنا تنزّلا لكان وضع الجوائح مختصاً بما تلف بالآفات السماوية كما تقدم في حديث أنس بلفظ « إِذَا مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ » وأما إذا تلف المبيع بجناية فإن كانت من المشتري فقد جنى على ماله وأتلفه وإن كان الجاني غيره كان ضمانة عليه سبب الجناية سواء كان الجاني هو البائع أو غيره .

قوله : « وإذا استحق ردّ لمستحقة الخ » .

أقول : هذا أمر قد قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأخرج أحمد [٣] وأبو داود والنسائي من حديث سَمُرَة قال « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ عِنْدَ رَجُلٍ فَهُوَ أَحَقّ بِهِ ويَتْبَعُ الْبَيِّعُ مَنْ بَاعَهُ » وفي لفظ أحمد وابن [٤] ماجه « إذا سُرِقَ مِن الرَّجلِ مَتَاعٌ أَوْ ضَاعَ مِنْهُ فَوَجَدَهُ بِيَدِ رَجلٍ بِعَينِهِ فَهُوَ أَحَقّ بِهِ وَيَرْجعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بالثَّمَنِ » ورجال إسناد الحديث ثِقات ، وهو من سماع الحسن عن سَمُرة ، وفيه خلاف ، ولكن الحسن إمام لا يروي ما لم يَثْبت ، وهذا مبني على أنه قد

(١) المنتقى بشرح نيل الأوطار ١٩٥/٥ .
(٢) الحديث رواه الخمسة إلا البخاري ... ويرجع إليه في المنتقى بشرح نيل الأوطار ٢٧٢/٥ .
(٣) المنتقى بشرح الأوطار ٢٧٠/٥ .
(٤) المنتقى بشرح نيل الأوطار ٢٧٠/٥ .

حصل التصادق على أنه ملك ذلك المدعي له ، أما إذا وقع الخلاف فلا بد من قيام الشهادة على ذلك ، ولهذا قال المصنف : « فبالإذن أو الحكم بالبينة ، أو العلم يرجع الثمن وإلا فلا .

وأما قوله : « وما تَلِف أو استُحق الخ » فإذا أمكن رد البعض المستحق فهو الواجب . وإن تعذر بوجه من الوجوه اختص به أحدهما ، وسلم للآخر قدر نصيبه من القيمة ، وإن اختلفا قُرِع بينهما ، وأما تلف بعض المبيع قبل التسليم فقد عرفت الكلام في تلف المبيع قبل التسليم وهو أعم من أن يكون التالف كله أو بعضه .

فصل

وَمَنْ اشْتَرَى مُشَاراً إليه مَوصُوفاً غَيْرَ مشروط صحّ ، وخُيرٌ في المخالِفِ مَعَ الْجَهْـلِ ، فإن شَرَط فَخَالَفَ ففي المقصود فَسَد ، وفي الصِّـفَةِ صَحّ مُطْلَقاً وخُيِّرَ في الأَدنى [1] مع الجهل، وفي الجِنْس فَسَدَ مُطْلَقاً ، وفي النَّوع إن جهل البائع ، وإلاَّ صَحّ ، وخُيرٌ المشتري فإن لم يُشِرْ وأُعطي خلافه ففي الجنس سَلَّم البائع المبيع ، وما قَدْ سَلّم مُبَاحٌ مع العلم قَرْض فَاسِدٌ مع الجهل [2] وفي النوع خُيّر في الباقي ، وتَرَادًا في التَّالف أَرش الفَضْل مع الجهل وحيث يُخَيّر المشتري في الأدنى وقد بَذَرَ جاهلا فله الخِيَارات .

قوله : « من اشترى مشاراً اليه موصوفاً الخ » .

أقول : هذا قد تقدم ما يُغني عنه ، وإذا كان المبيع على غير الصفة التي ذكرها البائع ثبت للمشتري خيار فقد الصفقة ، وهو كما قدمنا نوع من أنواع خِيَار الغَرَر، وما ذكره

---

(١) إذا شرط كون المبيع على صفة فخالف . فإنه ينبغي أن ينظر في تلك المخالفة ففي مخالفته معظم المقصود يفسد العقد ... ولو كانت تلك المخالفة في الصفة فقط صح العقد مطلقاً سواء علماً أو جهلاً . وخير في الأدنى إذا كان قبضها مع الجهل أما إذا كان قبضها عالماً فلا خيار له . شرح الأزهار ٣/١٣٨ .

(٢) اذا لم يشر الى المبيع وأعطى المشتري خلافه في الجنس ... مثل أن يقول اشتريت منك بهذه الدراهم عشرة أقداح شعيراً سلم البائع المبيع وهو أقداح الشعير ان كان موجوداً في ملكه عند العقد والا كان فاسداً ... وما قد سلمه من الشعير مباح للمشتري ان سلمه مع العلم أنه شعير وهو قرض فاسد ان سلمه مع الجهل بكونه شعيراً ... ويكون حكمه حكم القرض الفاسد . المصدر السابق .

من قيد الجهل فلا بد منه لأنه لو علم كان العلم بكونه على غير تلك الصفة مبطلا للخيار فلا رَدَّ ولا أرش .

وأما قوله : فإن شرط فخالف [ففي] المقصود فسد فالظاهر أنه لا عقل اصلاً ولا اعتبار بالواقع ، لأن التراضي الذي هو المناط للبيع وقع مقيداً بذلك الشرط ، فمع عدمه انكشف عدم التراضي ، ولا فرق بين أن يكون موافقاً للمقصود أو مخالفاً له ، وهذه الفروق لا ترجع إلى دليل ولا شبهة دليل ، فلا تشغل نفسك بها وهكذا لا فرق بين جنس ونوع ، فالحاصل أن عدم وجود الصفة مع كونها مشروطة يوجب بطلان البيع ومع عدم الشرط يوجب ثبوت الخيار .إلا أن يعلم بعدمها والإشارة لا تأتي بفائدة قط ، ولا يترتب عليها حكم ، وإثبات الأحكام بالخيالات يكون هكذا ، والمقلد المسكين يظن أن هذه الخرافات في أم الكتاب اللهم غفراً.

باب البيع غير الصحيح

فصل

بَاطِلُه ما اختَلّ فيه العَاقِدُ أَوْ فَقَدَ ذِكْر الثّمن أو المَبِيع أو صِحّة تَمَلّكهما ، أو العقد والمال في الأول[1] غَصْب وفي التَّالَيَيْن[2] كذلك إلاّ أَنه يَطِيب رِبْحُه ويبرأ مَنْ ردّ إليه ولا أجرة إن لم يستعمل ولا يتضيّق الرد الا بالطلب ، وفي الرابع[3] مباح بِعِوَض فيصحّ فيه كل تصرف غالبا ، وارتجاع الباقي ، وفيه القيمة ، وليس بَيْعاً وفاسِده ما اختل فيه شَرْط غير ذلك ، ويجوز عَقْده إلاّ مُقْتضِي الرِّبَا فحرام باطل ، وما سواه فكالصّحيح إلا أنه معرض للفسخ ، وإن تلف ولاَ يُمْلك إلا بالقَبْض بالإذن ، وفيه القيمة ، ولا يَصِحّ فيه الوطء والشّفعة والقبض بالتّخلية .

قوله : « باب البيع غير الصحيح » .

فصل

قوله : « باطله مـا اختل فيه العاقد » .

أقول : قد تقدم للمصنف في شروط البيع وما يجوز منه وما لا يجوز وما يصح منه وما لا يصح ما يغني عن إفراده لهذا الباب فكأنه أراد مزيد الفائدة بالتكرار مع التذكر[4] لما سلف ، وذكر ما لكل واحد من الصحيح والباطل والفاسد من الأسباب ، وما يترتب على

---

(١) الأول وهو حيث اختل العاقد كأن يكون صبياً غير مميز أو مجنوناً . شرح الازهار ٣/١٤٢ .

(٢) التاليان : إذاً لم يذكر الثمن أو المبيع أو صحة تملكهما ... فيكون المبيع في يد المشتري والثمن في يد البائع فكالغصب في جميع وجوهه ... الا في أربعة أحكام ... فصلها بقوله : إلا أنه يطيب ربحه .... الخ . المصدر السابق .

(٣) الرابع : هو الذي تم بدون عقد .

(٤) المقصود بالتذكر : التذكير ... وهو واضح في السياق .

ذلك من الأحكام التي ذكرها ها هنا ، ولا شك أن العاقد إذا اختل[1] باختلال ما هو معتبر فيه صار وجود العقد منه كعدمه لأنه فاقد للحقائق[2] إن كان صبياً أو مجنوناً فلا يوجد منه الرضا المعتبر ، وهكذا إن كان غير مالك للمبيع ولا مأذون ببيعه ، فما فعله كالعدم ، وقد قدمنا في عقد الفضولي مما فيه كفاية ، وهكذا إذا لم يذكر بين المتبايعين ثمن فإنه لا يوجد التراضي المعتبر لأن البائع لا بد أن يرضى بالعِوَض المعلوم من الثمن ، والمشتري لا بد أن يرضى بذلك المبيع في مقابلة ما دفعه من الثمن ، وهكذا إذا لم يذكر بينهما مبيع معروف فإن ذلك التبايع منهما إنما هو من باب العبث واللعب ، وليس لذكر مثل هذه الأمور فائدة فأنها معلومة للعامي فضلا عمن لديه نصيب من علم .

وأما قوله : « أو صحة تملكهما » فقد قدمنا الكلام عليه مستوفى ، بل وقدمنا الكلام على غيره مما هو مذكورها هنا .

قوله : « والعقد » .

أقول : هو ما اجتمع فيه عند المصنف ما تقدم في أول البيع ، وقد عرفناك أن البيع الذي ثبت في الكتاب والسنة هو حصول التراضي ، وكررنا لك هذا تكريراً كثيراً ، لدفع ما يذكرونه مما يُخالفه والبيع الذي يسمونه بيع المُعَاطاة[3] ، ويجعلونه غير مملك هو الثمرة المستفادة لهم من تلك التي دونوها بغير دليل من عقل ولا نقل ، وهذه المعاطاة التي تحقق معها التراضي وطيبة النفس هي البيع الشرعي الذي أذن الله به ، والزيادة عليه هي من إيجاب ما لم يوجبه الشرع ، ولا دليل عليه ، وأما الاستدلال لهذا العقد الذي يعتبرونه على الصفة التي ذكروها بمثل ما ورد في النهي عن بيع الملامسة والمنابذة[4] وبيع الحصاة فمن

---

(١) يريد المصنف إذا اختل وصف كونه عاقداً ... وإلا فالذات ليست محل بحث .

(٢) المراد أنه فاقد للاعتبارات المصححة للوصف بكونه عاقداً فلا يكون عاقداً . فلا يصح العقد لفقد ركن من أركانه .

(٣) المعاطاة : اصطلاحاً أن يدفع كل من المتبايعين العرض لصاحبه من غير إجراء عقد بينهما .

(٤) نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الملامسة وهو أن يقول إذا لمست ثوبي ولمست ثوبك فقد وجب البيع بيننا بكذا ... وعللوه بأنه غرر.

والمنابذة في البيع ... هي أن تقول إذا نبذت متاعك أو نبذت متاعي فقد وجب البيع بكذا .

الغلط البين فإن النهي عن هذه الأمور لكونها من بيع الغَرَر، ولعدم استقرار البيع معها، وعدم تحقق المناط الشرعي وهو التراضي، وهكذا الاستدلال بمثل ما كان يقع في أيام النبوّة من قول البائع بعت منك هذا أو نحوه فإنا لا ننازع في دلالة مثل هذا اللفظ على التراضي، انما ننازع في كونه لا يدل على التراضي إلا ما كان على تلك الصفات التي ذكروها، فإن هذا من تحجر الواسع [1] وقد قدمنا أن كل مشعر بالتراضي يحصل به البيع والشراء الشرعيان حصولاً لا يخفَى على عارف، ولو كان بالإشارة من قادر على النطق أو بالكتابة أو بمجرد التقابض من غير لفظ أصلاً إذا عرف من ذلك التراضي.

قوله: «والمال في الأول غصب الخ.».

أقول: لا بد من تقييد الأول بأن قابض المال علم أن البائع منه ممن لا يصح بيعه أولا حكم لمن وقع منه من الرضا، فلا يتحقق الاستيلاء على مال الغير عدواناً ـ الذي[2] هو معنى الغصب عند المصنف الا بهذا وأما في الثاني والثالث فاذا كان القبض مأذوناً فيه من جهة مالكه فلا يكون بطلان البيع مستلزماً للغصب بل يكون في يد القابض كما يكون في يده ما هو مأذون له بقبضه وأما أنه يطيب له ربحه فلا لأنه مال الغير والربح ربح ما لم يضمن وقد صح النهي عنه كما قدمنا وأما كونه يبرأ من رد اليه فذلك لظاهر اليد الثابتة له وأما كونه لا يتطبق الرد الا بالطلب فظاهر لأن الشيء في يده بأذن مالكه وهكذا عدم لزوم الاجرة له مع عدم الاستعمال لأن يده ليست يد عدوان.

وأما قوله: وفي الرابع الخ فقد عرفنا أن ذلك بيع شرعي مع وجود المناط فلا وجه لما ذكره.

= ونقل الخطابي عن بعض العلماء في معنى المنابذة: أن ينبذ الحجر ويقول إذا وقع الحجر فهو لك ... وهو نظير بيع الحصاة ... وبيع الحصاة اختلف في تفسيره كما في سبل السلام ... فقيل هو أن يقول ارم بهذه الحصاة ... فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بدرهم وقيل هو أن يبيعه من أرضه قدر ما انتهت إليه رمية الحصاة ... وقيل هو أن يقبض على كف حصا ويقول لي بعدما خرج من في القبضة من الشيء المبيع، أو يبيعه سلعة ويقبض على كف من حصا ويقول لي بكل حصاة درهم ... وتقال أقوال غير هذه.

مختصر وشرح وتهذيب سنن أبي داود ٥/٤٦ سبل السلام على بلوغ المرام ٣/١٥ المصباح.

(١) تحجرت واسعا: ضيقت ... وفي الأساس: تحجر ما وسعه الله: ضيقه على نفسه.

(٢) صفة للاستيلاء.

قوله : « وفاسده ما اختل فيه شرط غير ذلك » .

أقول : قد قدمنا أن هذا مجرد اصطلاح تواضعوا عليه فجعلوا اختلال بعض ما ذكروه في شرط البيع مقتضياً لبطلانه وبعضها مقتضياً لفساده وكل هذا تلاعب بالكلام ولكن هذا التلاعب قد رتبوا عليه أحكاماً شرعية فالعجب من ترتيب أحكام الله على الاصطلاح الذي هو مجرد تلاعب والحاصل أن الصحيح هو ما أذن الله به من قوله « تجارة عن تراض » ولم ينه عنه الشارع ولا ثبت عنه ما يدل على عدم جواز التعامل به وما عدا هذا فهو باطل رد على فاعله لأنه لم يكن عليه أمر الشارع كما قال[1] « كُلّ أَمْرٍ لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ » لا يجوز لمسلم ان يدخل فيه فان فعل فلا حكم لفعله ولا فرق بين ما يقتضي الربا وما لا يقتضيه وان كان ما يقتضي الربا أشد تحريماً وأعظم خطراً وأما قوله وما سواه فكالصحيح فمن أغرب ما يقرع الاسماع له زاجر من ورع فضلا عن وازع من علم يعلم أن هذه التسوية باطلة هي وما يترتب عليها من الاحكام المستثناه الى آخر الفصل فأياك ان تغتر بشيء منها فانها سراب بقيعة وظلمات بعضها فوق بعض .

فصل

وَالْفَرْعِيَّةُ فيه قَبْل الفَسْخِ لِلمشْتَري والأَصْلِيّة أَمانَةٌ وتَطِيبُ بِتَلفِه قَبْلَهَا . وبفَسْخِه بالرِّضَا فقط[2] ويَمْنَعُ ردَ عَيْنِه الاستِهلاكُ الحُكْمِيّ وَهُوَ « قولنا »[3] .

وَقْفٌ وعِتْقٌ وبَيْعٌ ثـم مَوْهِبَـــةٌ غَرْسٌ بِنَاءٌ وَطحْنٌ ذَبْحُكَ الْحَمَــلاَ
طَبْخٌ ولَتٌّ وصَبْغٌ حَشْو مِثْـل قِبَــا نَسْجٌ وغَزْلٌ وقَطْعٌ كيفَ ما فَعَــلاَ

(١)

(٢) الفصل معقود لبيان أحكام العقد الفاسد إذا أريد فسخه ... وأولها أن الفوائد الفرعية فيه قبل الفسخ للمشترى . وكذا ما ربح فيه ... وأما الأصلية كالصوف والولد واللبن فإنها تكون أمانة في يده ... فإن تلفت بتفريط ضمنها وتطيب الفوائد الأصلية للمشترى بأمرين : تلفه قبلها ... أو بفسخه بالرضا فقط . شرح الازهار ٣/١٤٧ .

(٣) يمنع رد عينه الاستهلاك الحكمي وهو خمسة عشر وجها ضمنها البيتين . المصدر السابق

وَيَصِحّ كلّ عَقْد ترتَّب عليه كالنِّكاح ويَبْقَى ، والتأجير ، ويُفسَخُ وتَجْدِيدُهُ[1] صَحِيحًا بِلاَ فَسْخ .

قوله : « والفرعية فيه قبل الفسخ الخ » .

أقول : الفرعية والاصلية فيه لمالكه وهو البائع لأن هذا البيع مما لم يأذن الله به فان أتلف شيئاً ومنها ضمنه ولا يطيب له شيء منها الا اذا رضي المالك وطابت به نفسه فذلك محلل لمال الغير في كل باب .

وأما قوله « ويمنع رد عينه الأستهلاك الحكمي » فأقول قد عرفناك أنه باق على ملك مالكه وان البطلان والفساد شيء واحد إذا وقع على غير وجه الصحة الذي أذن الله به ، فلا حكم لوقف ما دل الشرع على أنه غير ملك له ، ولا لعتقه ، ولا لبيعه ، ولا لهبته ، ولا لغرسه ، ولا لصبغه ، ولا لحشوه ، ولا لنسجه ، ولا لغزله ، ولا لقطعه ، فان أذن له مالكه بشيء من ذلك كان وكيلا له وإذا غرم رجع بالغرم مع الآذن لا مع عدمه .

أما قوله : ويصح كل عقد ترتب عليه فينبغي أن يقال : ويبطل كل عقد ترتب عليه لأن المترتب على الباطل باطل .

وأما قوله : « ويصح تجديده صحيحاً فهذا التجديد هو نفس البيع إذا حصل التراضي فيه وخلا عن المانع منه .

---

(١) للمتعاقدين في العقد الفاسد تجديده على الوجه الصحيح فيكون صحيحاً بلا فسخ للعقد الاول . المصدر السابق

باب المأذون

فصل

وَمَنْ أَذِنَ لِعَبْدِهِ أَوْ صبِيِّهِ أَوْ سَكَتَ عَنْه في شِرَاءِ أَيِّ شَيْء صَارَ مأذُوناً في شرَاء كلِّ شَيْء وَبَيْع مَا شَرَى أَوْ عُومِلَ بِبَيْعه لاَ غَيْرَ ذَلك إلا بِخَاصّ كَبَيْعِ نَفْسِهِ ومَالِ سَيِّدِهِ[1].

قوله : « ومن أذن لعبده أو صبيه أو سكت عنه في شراء أي شيء صار مأذوناً في شراء كل شيء .. إلخ » .

أقول : كل مالك لا يجوز التصرف في أي ملك من أملاكه إلا بأذن يخصه ، أو يَعُمّه هو وغيره فمن اذُن للعبد أو الصبي في شراء شيء خاص أو بيع شيء خاص لم يجز تصرّفه في غيره ، ولا يكون مأذوناً به لا شرعاً ولا لغة وهذا ظاهر وهذا واضح في الإذن الصريح . فكيف بالسكوت فإنه يحتمل عدم الرضا ببيعه والإجازة لـه وقدّمنا في مواضع المنع من كون السكوت إجازة ، ومن الإذن العام أن يدفع إليه سلع التجارة للبيع وبأمره بالاتجار في جنس أو أجناس ويستمر ذلك وإذا قَصَره على الأتّجار في جنس لم يجز له أن يتعدّاه . فقد تعرَّف أنه يُحْسِنُ التجارة في هذا الجنس دون هذا ، فإذا أذن له إذناً خاصاً لم يكن ذلك إذناً له في بيعه ولا في إجارَته ولا في تأجير نفسه .

(١) لا يجوز للعبد أو الصبي أن يبيع شيئا غير الذي تقدم إلا بإذن خاص من سيده كبيع نفسه ومال سيده . شرح الأزهار ٣/١٥٠.

فصل

وَلِلْمَأْذون كلّ تصرّفٍ جَرَى العُرف لِمِثْله بِمِثْله ، وَما لَزِمَه بمعاملة فَدَيْن يتعلّقُ برقَبته ، وما في يَدِه فَيُسلمُها لِلمَالك أَوْ قِيمتَها[1] ولهم اسْتِسْعَاؤه إن لَمْ يَفْدِهِ[2] فإن هلك لم يَضْمنه ، ولو بعد تمردّه ، وإن استهلكه فَبِغَيْر البَيْع لَزِمَتْه[3] القِيمَةُ ، وبه الأَوفى مِنْهَا وَمِن الثّمن ، ولهم النَّقض إن فوّته مُعْسِرًا ،[4] وبِغَصْب أَوْ تَدْلِيس جِنَاية تَعَلّق برقبته فَقَط ، فيسلمها أوكل الأَرْش الخِيَار لَه ، ويتعيّن إن اختارها ، أو استهلكها عالما ، وتَلْزَمُ الصغير[5] عكس المعاملة ، ويستويان في ثمنه ، وغُرماؤه أَوْلَىَ بِهِ مِنْ غُرَماء مَوْلاَه ، ومن عامل مَحْجوراً عالما أو جاهلا لا لتغرير لم يضمن الكبير في الحال ولا الصغير مطلقاً وإن أتلف[6]

قوله : « وللمأذون كل تصرف جرى العرف لمثله بمثله » .

أقول : هذا كالتخصيص لما تقدم من كونه يصير مأذوناً في شراء كل شيء ، فلا يجوز للعبد مثلا أن يتصرف بما لم يجر للعبيد المأذونين عادة بالتصرف فيه ، وكذلك الصبي .

وأما قوله : « وما لزمه بمعاملة فدين يتعلق برقبته وما في يده » فيقال : هذه المعاملة إن كانت داخله في عموم الإذن له فلا وجه لتعلقها برقبته بل هي مضمونة على السيد من ماله ، وإن كانت غير داخله فالعبد متعد بالدخول فيها ، فتتعلق برقبته ، ولا وجه لتعلقها بما في يده من مال سيده ، ولا من مال غيره لأن الدخول في ذلك جناية من العبد لم يكن للسيد فيها سبب فلا يتعلق بغير رقبته ، ولا معنى لتعلقه بما بيده أصلا إلا على قول من يقول إن

---

(١) ما في يده يسلمه للمالك أو يسلم قيمته للغرباء المصدر السابق

(٢) إذا لم يفده المالك بتسلم ما لزمه من الدين فان فداه لم يكن للغرباء ذلك . المصدر السابق ٣/١٥١ .

(٣) بغير البيع كالقتل والعتق والوقف لزمته القيمة فقط وبه أي بالبيع لزمه القدر الا الأوفى من القيمة ومن الثمن المصدر السابق ٣/١٥٢ .

(٤) للغرماء نقض البيع إن كان قبض الثمن ثم فوته معسرا . المصدر السابق .

(٥) الجناية تلزم العبد الصغير فيضمنها وتتعلق برقبته على عكس دين المعاملة . المصدر السابق .

(٦) من عامل عبداً محجوراً وهو عالم بحجره أو جاهل لتقرير من العبد لم يكن له أن يضمن الكبير ولا يطالبه بما لزمه عن تلك المعاملة في الحال ... وإنما يطالب به إذا عتق ... ولا يضمن الصغير مطلقاً لا في الحال ولا بعد عتقه وإن تلف . المصدر السابق .

العبد يملك ، فلا شك أنه يتعلق بما هو ملك له ، ثم ليس على السيد إلا تسليم رقبته وبعد ذلك أهل الدّين بالخيار إن شاؤا صار ملكا لهم يتصرفون به كيف شاءوا ، وإن قنعوا باستسعائه وإرجاعه لسيده فلهم ذلك .

وأما كون السيد له أن يفديه ففيه نظر لأنه قد صار استغراقه بما عومل به جانباً ، فصاروا أحق به وهكذا يقال فيما سيأتي في الجنايات .

وأما قوله : « فإن تلف لم يضمنه » فصحيح لأن الرقبة التي تعلق بها الدين قد تلفت بغير جناية منه فإن كان ذلك بجناية منه لزمته قيمته ، ولا حكم لبيعه له لأنه قد صار ملكاً لأهل الدّين الذي عليه إلا أن يأذنوا له بذلك [فإذا أذنوا] كان كالوكيل لهم لا مع عدم الإذن ، فالبيع غير صحيح ، ولا يحتاج إلى نقض بل يقال لهم استرجاعه من يد المشتري له .

وأما قوله : « وبغصب أو تدليس الخ » فهذان قد أَوْجَبَا تعلق ضمان ما جناه أو دلسه برقبته ولكن لا فرق بينهما وبين ما أخذه برضا أربابه معاملة ثم أتلفه فإن الكل قد انتهى إلى التعلق برقبته كما قدمنا ، وعند التعلق برقبته يصير أهل الدّين أولى به من سيده ، فإن قلت ملك السيد لرقبة العبد متيقن فكيف لم يكن أولى بالتخيير له بين تسليمه أو قيمته في[1] الطرف الأول ، وبين تسليمه أوكل الأرش في هذا الطرف قلت : هذه الأولوية قد ارتفعت بما تعلق برقبة العبد بسبب جنايته على مال الغير فصار أرباب الأموال محكمين فيها ، وقد يكون الغرض لهم بالرقبة أتم وأكمل ، فليس للسيد أن يمنعهم من ذلك وأما كونه ملكه متيقّناً فقد تعقبه[2] استحقاق الغير لها بدينه ، وإلا فلا معنى للتعلق بالرقبة ، بهذا تعرف أن الخيار لا يكون للسيد لما قدمنا ، ولا لأهل الدّين لأنهم لا يستحقون إلا رقبة العبد ، وليس لهم المطالبة بقيمتها والا بكل الأرش وتعرف أنه لا وجه لقوله وتلزم الصغير وعكس المعاملة

---

(١) في الأصل المخطوط « أو قيمته فالطرف الأول » .

(٢) المقصود طرأ عليه ما يرفع الملك وهو استحقاق الغير له .

لما قررناه من أن الكل جناية ولا فائدة في قوله « وغرماؤه أولى من غرماء مولاه » لأن رقبته قد خرجت عن ملك مولاه .

قوله : « ومن عامل محجور الخ » .

أقول : إن كان هذا المحجور هو من لا يصح تصرفه لكونه صغيراً أو مجنوناً أو عبداً فلا شك أن المعامل له قد خاطر بماله ، ووضعه في مَضْيعة ، وأما إذا كان محجوراً لثبوت ديون عليه مع كونه مكلفاً عاقلا فلا يكون مجرد العلم بحجره مبطلا لتعلق الضمان به ، بل يكون هذا المال من جملة ديونه ، ولصاحبه أُسْوته ما دام المال في يده ، وإنما ذكرنا هذا لإطلاق عبارته فإنها تتناول الحر المكلف المحجور لأجل ديونه بحجر الحاكم ، فإن كان مراد المصنف غير هذا فقد رفعنا ما توهمه العبارة .

فصل

وَيَرْتفعُ الإذن بِحَجْره العَام ، وبَيْعه ونَحْوُه وعِتْقِه وإِبَاقُه وغَصْبُه حتى يَعود ، وبِمَوْت سَيِّدِهِ وَالجَاهِلُ يَسْتَصْحِبُ الْحَالَ [1] وإذا وَكَّلَ المأذُون مَنْ يَشْتِريَه عَتَق في الصَّحِيح بالعَقْد وفي الفَاسِد بالقَبْض [2] ويَغْرم ما دفع والولاءُ للسيد ، والمحجور بإعتاق الوكيل إن شاء ويغرم ما دفع بعده والولاء له .

قوله : « فصل : ويرتفع الاذن بحجره العام » .

أقول : هذا صحيح لأنه قد بطل المقتضي لجواز معاملته وهو الإذن له بحجره من كل تصرف ، وهكذا البيع لأنه لم يبق للإذن بعد خروجه من ملك المالك الذي أذن له تأثير ، إذ قد صار ملكا للغير وانقطعت العلاقة بينهما ، وأما العتق فهو وإن صار بعتقه حرّاً لكن لا يرتفع به الإذن السابق ، لأنه في حكم التوكيل للحر أقوى إلا أن يجري عرف أن من

(١) الجاهل لحجر العبد .

(٢) إذا وكل العبد المأذون له في التجارة من يشتريه من سيده عتق بمجرد العقد الصحيح أما في العقد الفاسد فيعتق بالقبض . شرح الأزهار ٣/١٥٦ .

أعتق عبده رفع يده عن التصرف بماله كان العرف محكماً في مثل هذا وأما إبَاقة فوجهه أنه قد صار عاصياً لسيده خارجاً عن طاعته ، وإلاذن مقيد بالطاعة ، وهكذا إذا غصبه الغير لأنه قد صار محكوماً عليه من الغاصب ولم يبق لسيده قدرة على استنفاذ ذاته فضلا عن أن تكون له قدرة على ما يتعلق بتلك الذات من التصرفات ، وأما عود ما تقدم من الإذن له بعوده من إباقه أو من يد غاصبه فصحيح ، لأن الإذن لم يبطل بل وجب التوقف فيه حتى يزول هذا العارض ، فإذا زال فالإذن الأول باق والمانع عارض فلا يكون مانعاً دائماً بل ما دام الإباق والغصب .

وأما ارتفاع الإذن بموت سيده ، فظاهر ، وقد دخل في قوله « ونحوه » لأن الانتقال بالإرث كالانتقال بالبيع .

وأما قوله : « والجاهل يستصحب الحال فصواب ، ولا سيما مع ما اخترناه سابقاً من أن ما لزم العبد كان متعلقاً برقبته لا بما في يده من مال سيده ، فلا بد في كل سبب من هذه الأسباب التي يرتفع بها الحجر من العلم بحصوله .

قوله : « وإذا وكل المأذون من يشتريه » .

أقول : إن جرى عرف بأن الإذن للعبد بالتصرف يتناول التصرف بنفسه ، فلا بد أن يعلم السيد أن المشتري للعبد منه وكيل للعبد أما إذا كان الإذن لا يتناول ذلك ، أو كان يتناوله وجهل السيد ان العبد هو الذي وكل ذلك الوكيل ليشتريه منه فلا ينفذ هذا البيع [١] بل هو من بيع الغرر المنهي عنه ، وهو أيضاً لم يقع عن تراض لأن المالك لم يعلم بأن عبده هو الذي اشترى نفسه ، ولا سيما على القول بأنه لا يملك [٢] العبد لأنه إن دفع الثمن بما في

---

(١) في الأصل المخطوط « العبد » والسياق يقتضي البيع .

(٢) المقصود أن العبد لا ملك له ... وقد أشار المصنف كثيراً إلى هذه المسألة . والى خلاف الأئمة فيها ... والأصل فيها حديث ابن عمر الذي مر من قبل : « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع » .

قال الخطابي تعليقاً على الحديث : « في هذا الحديث من الفقه أن العبد لا يملك مالا بحال ... وذلك لأنه جعله في أرفع أحواله وأقواها في إضافة الملك إليه مملوكاً عليه ما له ومنتزعاً من يده ... فدل ذلك على عدم الامتلاك أصلا . وإلى هذا ذهب أصحاب

يده فهو من مال سيده ، ولم يبق له رقبة يتعلق بها قيمته ، لأن المفروض أنه قد ملك نفسه . فهذا التوكيل الذي وقع من العبد من المخادعة لسيده ، والتحيل عليه ، وذلك ليس من الشرع في شيء ورضا السيد بخروجه عن ملكه إلى الغير لا يستلزم الرضا بخروجه إلى يد نفسه ، ومصيره حراً بذلك لما فيه من الاضرار به ، فهو بهذه الحيلة الباطلة لا يخرج من العبودية ، فلا صحة لما تفرع على هذا التعامل .

= الرأي ... والشافعي ، وقال مالك العبد يملك إذا ملكه صاحبه وكذا قال أهل الظاهر» .

ويظهر أثر هذا الخلاف في مسألتين أوردهما الشيخ ... وللباحث أن يرجع إليهما . في مختصر وشرح وتهذيب سنن أبي داود ٥/٧٨ .

باب المرابحة

هي نَقْل المَبيع بالثَّمن الأَوْلِ وَزِيَادَة وَلَوْمِنْ غَيْر جِنْسِهِ أَوْ بَعْضِهِ بِحصَّته وزِيادَة بلفظها أو لفظ البيع . وشُروُطها ذِكُر كَمِيّة الرِّبح وَرَأس المال ، أَوْ مَعْرِفتُهما . أو أحدُهما إياها حالا تفصيلاً أو جُمْلة فُصّلت مِنْ بعد كِبَرَ قَمٍ صَحِيحٍ[1] يُقْرَأُ وكون العقد الأول صَحِيحاً . والثمن مِثليا أَو قِيمياً صار إلى المشتري وَرِبحَ به .

قوله : « باب المرابحة هي نقل المبيع بالثمن الأول وزيادة » .

أقول : هذا بيع أذن الله سبحانه به بقوله[2] (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) وبقوله[3] (وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْع وحَرَّمَ الرِّبَا) وهذويشمل كل بيع كائناً ما كان إذ لم يصحبه مانع شرعي . أو يُفقد فيه التراضي ، فجعل هذا النوع بابا مستقلا بشروط مستقلة ليس كما ينبغي . وأما اشتراط لفظ المرابحة أو البيع فقد عرفناك أنه لا اعتبار بالألفاظ . ولا بما ذكروه من الصفات المتعلقة بها . بل المعتبر حصول التراضي المدلول عليه بأي لفظ كان . ولو بإشارة من قادر على النطق أو مجرد مقابضة مشعرة بذلك أو غيرهما مما فيه إشعار بهذا المناط ، وأما اشتراط ذكر كمية الربح ورأس المال الخ . فإذا تعرض البائع لذكر ربحه ورأس ماله وانكشف أن الأمر بخلاف ما قال فللمشتري الخيار لأنه غره بذلك فإن شاء أمسك وإن شاء ترك .

---

(١) صورة المسألة لما علمت جملته حال العقد والتفصيل من بعد أن يكون ثمن السلعة مرقوماً فيها والبائع يعلم أنه موضوع على وجه الصحة لكن لم يمكن قراءته في الحال فيقول البائع : بعتك هذه السلعة برأس مالي وهو ما في هذا الرقم . وزيادة كذا ... فإن هذا العقد يصح إذا حصلت معرفة التفصيل في المجلس ... وأن يكون العقد الأول صحيحاً والثمن فعلياً ... الخ .

شرح الأزهار ٣/١٦٠ .

(٢) نكرر ذكر الآية وتراجع ص ١٠ .

(٣) جزء من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .

وأما قوله : « كون العقد الأول صحيحاً » فوجهه ما قد قرروه أن المبيع في العقود الفاسدة إنما يملك بالقيمة وهذه قاعدة لم تُبن على أساس ولا نظر فيها إلى شيء مما يسوغ به إثبات أحكام الشرع وأضعف من هذا الاشتراط اشتراط كون الثمن مثلياً أو قيمياً قد صار إلى المشتري ورابَح به فإنه لا اعتبار بشيء من ذلك بل إذا ذكر له رأس ماله وربحه كان ذلك كافياً وإن تفاوت باختلاف الأزمنة ، والأمكنة لأن الاعتبار بوقت الشراء الذي شرى به البائع له الآن ، فإذا ذكره فقد خلص عن عهده التغرير والتدليس .

فصل

وَيُبَيِّن وُجُوباً تَعَيُّبَه ونَقْصَه وَرِخَصه وقِدَم عَهْده وتأْجيله وشِراه مِمّن يُحَابِيه ، وَيَحُطّ مَا حَطّ عَنْه ولو بَعْد عَقْدِها[1] وتُكره فيما اشْتُرى بزائد رغبةً ويَجُوز ضَمّ المُؤن (غالبا)[2] ، ومَنْ أَغْفل الوَزْن اعْتُبر في رأسِ المَال بمَوْضِع الشِّراء ، وفي الرِّبح بموضِعِه وهو بَيْن الشُّركاء حَسب المِلْك لا الدَّفع ولِلْكَسْر حِصتَّه .

قوله : « فصل : ويبين وجوباتعيبه » .

أقول : هذا لازم لكل بائع بالسنة الثابتة كما قدمنا ذلك في خيار العيب ، وهكذا يجب عليه أن يبين نقصه وإلا كان من بيع الغرر كما تقدم .

وأما بيان رخصه وقدم عهده فوجه ذلك أنه قد يشتريه برخص أو في زمان قديم ، والسعر لذلك الشيء رخيص وليس لوجوب ذكر مثل هذين وجه صحيح .

وهكذا بيان شرائه ممن يحابيه وتأجيله ، وأما كونه يحط ما حط عنه فصواب لأن

---

(١) من اشترى شيئاً بثمن ثم حط عنه البائع بعضه لم يجز له أن يرابح به إلا بعد أن يحط ما حط عنه ولو حصل الحط بعد عقد المرابحة . شرح الأزهار ٣/١٦١ .

(٢) احتراز مما غرمه البائع على نفسه من ضيافة وغيرها . المصدر السابق .

ترك ذكر ذلك تغرير منه ، وأما كونها تُكره المرابحة فيما اشترى بزائد رغبة فيه ، فلا وجه للحكم بهذه الكراهة ، وأما كونه يجوز ضم المؤن فصحيح لكن مع بيانه لمقدار المؤن بعد بيانه لمقدار رأس المال ، وإلا كان في ذلك غرر وأما كون الربح بين الشركاء حسب الملك فظاهر.

فصل

وَالتَّوْلية كَالْمُرَابحة إلاَّ أَنهَّا بالثَّمنِ الأَول فَقَطْ ، ويَجُوز ضَمّ المؤن كَمَا مَرّ، والخِيَانَةُ في عَقْدهما تُوجِب الخِيَار في الباقي ، وفي الثَّمن ، والمَبِيع ، والمُسَاومَة كذلك[1] والأَرشُ في التَّالفِ .

قوله : « فصل : والتولية كالمرابحة » .

أقول : هذا توسيع لدائرة أحكام الشرع بمجرد فاسد الرأي وزائف الاجتهاد ، والحاصل أن المرابحة والتولية بيع من بيوع الشرع ونوع مما أذن الله سبحانه به فان تعرض البائع لذكر رأس ماله فلا بد أن يكون صادقا في قوله وإلا كان ذلك من بيوع الغرر وإن يتعرض لذلك كفاه البيع الشرعي ، ولا يحتاج إلى ذكر شيء ولو كان الشراء بأحقر ثمن فالبائع هو الذي أوقع بنفسه في هذا المضيق بتعرضه لذكر ما اشتراه به كما لو أوقع نفسه في مضيق وَصْفه بِصِفَة كما تقدم في خيار فقد الصفة ، وأما كون الخيانة في عقدهما توجب الخيار في الباقي فصحيح لأنه يصير بالتعرض لذكر ذلك مع عدم المطابقة للواقع مغرراً مخادعاً خائناً ، وهكذا الخيانة في الثمن والمبيع فما كان باقياً رده ، وإذا تلف كله أو بعضه فله الرجوع بالأرش لأن ذلك غاية ما يمكن به استدراك خيانة الخائن ، ولا يبعد أن يقال إن الخيانة كشفت عن عدم حصول المناط الشرعي وهو التراضي فيكون المبيع المصحوب بها باطلاً غير نافذ لعدم وجود المناط الشرعي ، فإذا تلف المبيع أو بعضه تلف من مال البائع الخائن .

---

(١) المساومة كذلك ... أي كالخيانة في عقدها .

باب الإقالة

إنما تَصِحّ بلَفْظها بَيْن المُتَعاقِدَيْن في مَبِيع باقٍ لم يَزِدْ بالثَّمَنِ الأَوَّل فَقَطْ ، ولو سُكِتَ عَنْه ويلغُو شَرْط خِلاَفِهِ ولَوْ في الصِّفَةِ[1] وهي بيع في حق الشفيع فسخ في غَيْره فَلاَ يُعْتَبر المَجْلِس في الغَائِب وَلاَ تَلْحَقُهَا الإِجَازَةُ ، وتصِحّ قَبْل القبض ، والبَيْع قَبْلَه بَعْدَها[2] ، وَمشْرُوطة وتَوَلِّ وَاحِد طَرَفَيْها ، ولا يَرجعُ عَنْها قَبْل قَبُولها ، وبِغَيْرِ لَفْظها فَسْخ في الجميع والفوائدُ للمشتري .

قوله : « باب الاقالة » .

أقول : هذا الباب قد ورد الترغيب فيه من الشارع بحديث أبي[3] هريرة الذي صححه جماعة من الحفاظ بلفظ « مَنْ أَقَالَ نَادِماً » وفي لفظ مسلماً « أَقَالَ اللهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ القِيَامَةِ » فكان على المصنف أن يعنون الباب بما يدل على ندبية الإقالة لا بما هو سراب بِقِيعة من قوله « إنما يصح بلفظها » فإن هذا من جنس ما يكرره هو وأمثاله من الدندنة حول الألفاظ التي لم يرد باعتبارها شرع ولا عقل ، فإن مجرد رد الثمن أو طلب رد البيع إقالة تامة محصلة للأجر مبطلة للتبايع مع عدم وجود لفظها ، ولا لفظ آخر يدل عليها ، وأما

---

(١) صورة المسألة أن يشترط أحدهما في الإقالة خلاف الثمن ... نحو أن يقبله على أن يحط عنه من الثمن كذا أو يزيد كذا أو يكون قد دفع دراهم سوداً فأقاله على أن يرد مثلها بيضاء ...فإن هذا الشرط يلغو ولا تفسد به الإقالة . شرح الأزهار ٣/١٦٩ .

(٢) من الفوائد التي تترتب على الخلاف بين جعل الإقالة فسخاً أو بيعاً : صحة البيع من المستقبل قبل القبض بعدها أي بعد الإقالة إذا جعلناها فسخاً وإن جعلناها بيعاً لم يصح ... إلا بعد القبض . شرح الأزهار ٣/١٧٠ .

(٣) الحديث عند أبي داود وأخرجه ابن ماجه ولفظ أبي داود : « من أقال مسلماً أقال الله عثرته » مختصر وشرح وتهذيب السنن للمنذري ٥/٩٧ . سنن أبي داود ٢/١٠٠ .

اشتراطه بقاء المتعاقدين فوجهه أنه إذا مات من يريد الإقالة لم يوجد من حصل له الندم على تلك الصفقة ، ولكن إذا كان وارثه نادماً على صفقة مورثه فله حكمه لوجود السبب الذي لأجله شرعت الإقالة ، وأما قوله « في مبيع باق » فوجهه أنه إذا كان المبيع قد تلف لم يبق للإقالة معنى إلا أن يتعلق بذلك غرض للمشتري ينتفع به من غير لحوق ضرر للبائع .

وأما قوله : « لم يزد » فلا وجه له لأن الزيادة إن كان يمكن فصلها فصلها المشتري وأرجع المبيع وإن كان لا يمكن فصلها فإن رضي البائع بتسليم قدر قيمتها فذاك ، وإلا كان المشتري مخيّراً بين رد المبيع بزيادة أو ترك الاستقالة ، ويدع الندم على الصفقة ، وأما قوله « بالثمن الأول فقط » فوجهه أن الإقالة لا تكون إلا هكذا ولو كانت بثمن آخر لكان ذلك بيعاً جديداً ، وأما إذا حصل التراضي بالزيادة أو النقص بينهما فذلك باب لا يحتاج إلى ذكره لأن التراضي هو المحلل لأموال بعض العباد لبعض .

قوله : « وهي بيع في حق الشفيع » .

أقول : جعلها بيعاً في هذه الصورة الخاصة مما يقضي منه العجب ، وأعجب من هذا دعوى الإجماع على مثل هذه الخرافة كما حكى ذلك عنه[1] وإن كان لم يذكر في الغيث شرحه لهذا الكتاب إلا قوله « لا يختلف السادة في كونها بيعاً في حق الشفيع » انتهى ، وهو يريد بالسادة المتكلمين منهم في فروع الزيدية في هذه الديار ، ولم يرد غيرهم من السادة في سائر أقطار البلاد الإسلامية فضلا عن أن يريد إجماع أهل الإسلام على ذلك ، وأظن أنه لم يقل بهذه المقالة أحد من علماء الدنيا لأنها مع كونها لم تبن على رواية هي ايضاً لم تبن على رأي مستقيم ، فإن كونها بيعاً مجرد دعوى عاطلة عن البرهان بجميع أقسامه ومجرد تخصيص كونها بيعاً في حق الشفيع فقط ترتيب دعوى على دعوى فَهْم فضلاً عن

---

(١) حكي في البحر الزخار الإجماع على كونها بيعاً في حق الشفيع ورجح في حاشية ابن مفتاح أن يكون المقصود إجماع أهل البيت وهم من عناهم بالسادة فيما نقله الشوكاني عن الغيث . يراجع حواشي ابن مفتاح ٣/١٦٩ .

أدنى علم ، ثم الفرق بينها وبين البيع بقوله فلا يعتبر المجلس في الغائب ولا يلحقها الإجازة الخ من تفريع الباطل على الباطل ، ومن التقول على الشريعة المطهرة بما ليس فيها .

وأما قوله والفوائد للمشتري فوجهه أنها حصلت في ملكه .

باب القرض

إِنَّما يَصِحّ في مِثْليّ أَو قِيمِيّ جَمَادٍ أَمْكَن وَزْنُه إلاَّ ما يَعْظُم تَفَاوُتُه كالجَوَاهر واالمَصُوغَاتِ (غَالِباً) غَيْر مَشْرُوط بِمَا يَقْتَضِي الرِّبا وإلاَّ فَسَدَ .

قوله : «باب القرض إنما يصح في مثلي أو قيمي جماد أمكن وزنه » .

أقول : هذا باب وردت السنة بالترغيب فيه وتعظيم أجر فاعله ، ولا خلاف بين المسلمين في مشروعيته وهذا الترغيب وعموم المشروعية لا ينبغي قصره على بعض ما ينتفع به الناس ويطلبون الأجر في قرضه إلا بدليل يدل على ذلك ، ويقتضي تخصيص العمومات فإن لم يقم دليل على ذلك لم يجز لأحد أن يتقول على الشرع ماليس فيه ويسد باباً فتحه الله لعباده ، وجعله نفعاً للمحاويج المستقرضين ، وأجراً للأغنياء المقرضين ، وأما مجرد تعللهم بأن القرض باب من أبواب البيع فلا يجوز إلا فيما يجوز فيه فنقول ما بالهم منعوه فيما هو جائز البيع بلا خلاف وشرطوا أن يكون مثلياً جماداً يمكن وزنه ثم ما بالهم منعوه فيما جوزه الشرع وثبتت به السنة الصحيحة الصالحة لتخصيص كل عموم للبيع كما في صحيح[1] مسلم وغيره من حديث رافع بن خَدِيج قال « اسْتَسْلَفَ النبيُّ صلى الله عليه وآله وسلم بَكْراً فَجَاءَتْ إبِلُ الصَّدَقَةِ فَأَمَرَنِي أَنْ أَقْضِيَ الرَّجُلَ بَكْرَهُ فقلتُ : إني لَمْ أَجِدْ في الإبِلِ إلاَّ جَمَلاً خِيَاراً رَبَاعِيَاً قال : أَعْطِهِ [إيَّاهُ] فَإِنَّ مِنْ خَيْرِ النَّاسِ أَحْسَنُهم

---

(١) الحديث رواه الجماعة إلا البخاري عن أبي رافع .

والبكر : الفتي من الإبل ... قال الخطابي : هو في الإبل بمنزلة الغلام من الذكور .

والخيار : يقال جمل خيار ... وناقة خيارة ... أي مختارة ... والرباعي من الإبل ما أتى عليه ست سنين ودخل في السابعة حين لحقت رباعيته صحيح مسلم ٣/١٢٢٤ . المنتقي بشرح نيل الاوطار ٥/٢٥٩ .

قَضَاءً وهو في الصحيحين [1] وغيرهما من حديث أبي هريرة قال « كَانَ لِرَجَلٍ عَلَىَ النَّبيّ صلى الله عليه وآله وسلم سِنٌّ مِن الإبِلِ فَجَاءَ يَتَقَاضَاهُ فقال : أَعْطُوهُ فَطَلَبُوا سِنَّهُ فَلَمْ يَجِدُوا إلاَّ سِنّاً فَوْقَهَا فَقَال أعطوه فقال : أَوْفَيْتَنِي أَوْفَى اللهُ بِكَ فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : إنَّ خَيْرَكُم أَحْسَنُكم قَضَاءً » فقد دلت السنة الصحيحة على جواز قرض الحيوان مع كونه مما يعظم فيه التفاوت فدل ذلك على أنه لا وجه لجعل عظم التفاوت مانعاً هذا تبرع بالدليل ، وإن كان الدليل على من ادّعى تخصيص ما دل على عموم المشروعية كما قدمنا ، وجواز القرض في الحيوانات هو مذهب الجمهور.

وأما قوله : « غير مشروط بما يقتضي الربا » فلا ينافي ما قدمنا عنه صلى الله عليه وآله وسلم من أنه قضى من أقرضه سنا فوق سنة وأحسن منها لأن ذلك وقع لا على طريق الشرط بل على طريق التفضل والإحسان وقد ثبت في الصحيحين وغيرهما من حديث [2] جابر قال : « أَتَيْتُ النبيَّ صلى الله عليه وآله وسلم ، وَكَانَ لِي عَلَيْهِ دَيْنٌ فَقَضَانِي وَزَادَنِي » فإن قلت قد ورد ما يدل على أن المقرض لا يقبل من المستقرض هدية أو نحوها كما أخرجه ابن ماجه من [3] حديث أنس « أَنَّه صلى الله عليه وآله وسلم قال : إذَا أَقْرَضَ أَحَدُكم قَرْضاً فَأَهْدَى إِلَيْه أَوْ حَمَلَهُ علىَ الدَّابَّةِ فَلاَ يَرْكَبْهَا وَلاَ يَقْبَلْهُ إلاَّ أَنْ يَكُونَ جَرَى بَيْنَهُ وبَيْنَهُ قَبْلَ ذَلِكَ » قلت : في إسناده يحيى بن أبي إسحق الهُنَائي [4] وهو مجهول . وفي إسناده أيضاً عتبة بن [5] حُمَيْد الضَّبي وهو ضعيف وقد حققنا البحث في شرح المنتقي فليرجع اليه .

(١) الحديث متفق عليه ... والمقصود بالسن ... الجمل له سن معين . ويرجع إليه في المنتقي بشرح نيل الاوطار ٥/٢٦١ . وصحيح البخاري ٣/١٥٣ .

(٢) حديث متفق عليه ... يرجع إليه في المنتقي .

(٣) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٦١

(٤) يحيى بن أبي إسحق النهائي عداده في التالبعين لا يعرف . تفرد عنه عتبة بن حميد . الميزان للذهبي .

(٥) عتبة بن حميد الضبي : شيخ روى عن عكرمة . وقد ضعف ... روى عنه أبو معاوية وعبيدالله الأشجعي وجماعة ... وهو أبو معاذ الضبي البصري ... قال أبو حاتم : صالح الحديث ... وقال أحمد : ضعيف ليس بالقوي . الميزان للذهبي .

فصل

وإنما يُمْلك بالقَبْض ، فَيَجِبُ رَدّ مِثْله قَدْراً وَجِنْساً وَصِفَةً إِلَى مَوْضِعِ القَرْضِ ، ولاَ يَصِحّ الإِنْظَارُ فِيهِ وَفِي كُلِّ دَيْنٍ لَمْ يَلْزَمْ بِعَقْدٍ ،[1] وفَاسِدُه كفَاسِد البَيْـع (غـالبا) ومُقْبِض السُّفتجة أَمِين فِيمَا قَبَضَ ضَمِينٌ فيما استَهلك وَكِلاهَما جَائِزٌ إلاَّ بِالشَّرْطِ .

قوله : « فصل : وإنما يملكه بالقبض » .

أقول : يملكه بقبضه ملكاً مستقراً ويملكه أيضاً قبل قبضه إذا وقع التراضي على ذلك ، فإن التراضي هو المناط في نقل الأموال من بعض العباد إلى بعض وكررنا ذلك في غير موضع ، وأما كونه يجب رد مثله قدراً وجنساً وصفة فنعم ، هذا هو الواجب عند أن يترك المستقرض التفضل والإحسان بالزيادة فإن فعل فذلك إليه بما تقدم من الأدلة .

وأما كونه يجب الرد إلى موضع القرض فصحيح لأن المقرض محسن فعلى المستقرض أن يرد ماله إليه إلى الموضع الذي قبضه منه فيه .

قوله : « ولا يصح الإنظار فيه » .

أقول : المستقرض قبض المال على التأجيل فلا يجب عليه قضاؤه إلا عند انقضاء الأجل وتمامه وتأجيل الدين قد ذكره الله سبحانه في كتابه العزيز فقال[2] : (إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمىً فَاكْتُبُوهُ) وليس فائدة الكتابة إلا حفظ قدر الدين وقدر أجل تسليمه ، ومما يدل على لزوم التأجيل حديث[3] « المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ » وقد ورد في الكتاب العزيز في آيات كثيرة وجوب الوفاء بالعقود ، وهي ما يحصل عليه التراضي فليس لمن

---

(١) لا يصح الإنظار في كل دين لم يلزم بعقد ... كأرش الجنايات . شرح الأزهار ٣/١٧٥ .

(٢) (بسم الله الرحمن الرحيم) « يا أيها الذين آمنوا .... » صدر الآية الكريمة ٢٨٢ من سورة البقرة .

(٣) الخبر من حديث أبي هريرة عند أبي داود والحاكم في المستدرك ... ورمز له السيوطي بالصحة ... ومن حديث أنس وعائشة بزيادة في لفظه عند الحاكم في المستدرك ... ورمز له السيوطي بالصحة أيضاً ومن حديث رافع بن خديج عند الطبراني في الكبير ورمز له بالضعف . الجامع الصغير بشرح الفيض ٦/٢٧٢ .

أقرض قرضاً مؤجلاً أن يطلب قضاءه قبل حلول أجله ، وهكذا في سائر الديون التي لم تلزم بعقد فان الدخول في التأجيل يجب على من وقع من جهته الوفاء به .

وأما قوله : « وفاسِدُه كفَاسِدِ البيع » فلا وجه له في المشبَّه ولا في المشبَّه به لما عرفناك أن مناط البيع وغيره التراضي ، فإن وقع البيع أو القرض على غير ما يسوغه الشرع فلا يثبت حكمه من الأصل ،

وأما قوله : « ومقبض السُّفْتَجَة[1] » الخ فهذا حكم يرجع إلى باب الأمانة والضمانة والتراضي يسوغ هذا وغيره فلا فائدة في التكلم على مثله ، وهو معروف في أبوابه ، وإنما ذكره المصنف هنا لئلا يتوهم أنه من القرض الذي يجر منفعة .

فصل

وَلَيْس لِمَنْ تَعَذَّر عليه اسْتِيفاء حَقّه حَبْس حق خَصْمه ولا استيفاؤه إلا بحكم (غالبا) وكل دَيْنَيْن اسْتَوَيَا في الجِنْس والصِّفَة تساقَطَا والفُلوس كالنَّقدين .

قوله : « وليس بمن تعذر عليه الخ » .

أقول : إذا كان الحق ثابتاً شرعا قطعا وبتا وتعذر الوصول اليه من جميع الوجوه إلا من هذا الوجه وذلك لامتناع من هو عليه عن تأديته فعمومات الكتاب والسنة قد دلت على

---

(١) في القاموس السفتجة (بضم السين المشددة) وفتح الفاء والجيم ... أن يعطي مالا لآخر وللاخر مال في بلد المعطي فيوفيه إياه فيستفيد أمن الطريق .

وفي المصباح قيل بضم السين . وقيل بفتحها ... وأما التاء فمفتوحة فيهما فارسي معرب ... وفسرها بعضهم فقال هي كتاب صاحب المال لوكيل أن يدفع مالا قرضاً يأمن به من خطر الطريق ... والجمع السفاتج .

وفسرها ابن مفتاح بأنها اسم للرقعة التي يكتب فيها في لغة الحبشة وصدرها بأن يحتاج الرجل في بعض المواضع إلى مال وعنده مال لغيره فيأذن له بالاقتراض من تلك الأمانة ... ثم يطلب منه أن يقضيه من مال له في بلد آخر ... فيكتب إليه كتاباً ولم يكن مضمراً لذلك عند القرض .

وقد أشاروا في الحواشي أنه إن قبض الدراهم وديعة فأمين وان قبضها قرضاً فضمين ... وقيل إن صدقه المكتوب اليه الرسالة فأمين وان كذبه فدفع إليه قرضاً فضمين بمعنى أنه يضمن للدافع إليه إن طالبه الكاتب مختصر ابن مفتاح ٣/١٧٦

جواز ذلك ولا يعارض هذه العمومات حديث [١] « أَدِّ الأَمانةَ إلى مَنْ ائْتَمَنَكَ وَلاَ تَخُنْ مَنْ خَانَكَ » أخرجه أبو داود والترمذي وحسنه والحاكم وصححه من حديث أبي هريرة ، وفي الباب عن أنس عند الحاكم مرفوعاً ، وعن أبي بن كعب عند الدارقطني والطبراني ، وعن رجل من الصحابة عند أحمد وأبي داود والبيهقي وصححه ابن السكن وعن الحسن مرسلا عند البيهقي ، وفي إسناد كل واحد من هذه مقال حتى قال أحمد : هذا حديث باطل لا أعرفه من وجه يصح ؛ وقال ابن الجوزي لا يصح من جميع طرقه ، ولا يخفاك أن وروده من هذه الطرق مع تصحيح إمامين من الأئمة المعتبرين لبعضها وتحسين إمام ثالث منهم لبعضها مما يَصير به الحديث منتهضا للاحتجاج به ، ولكنه خاص بالأمانة فلا يجوز خيانة مَنْ خان إذا كان المال الذي للخائن عند من وقعت عليه الخيانة أمانة ويؤيد هذا الكلام أئمة اللغة ، ويدل على أن الخيانة إنما تكون في الأمانة كما في القاموس [٢] وغيره والحاصل أن مال المسلم معصوم بعصمه الإسلام وكذلك دمه وعرضه كما يدل على ذلك القرآن والسنة وهذا عموم مخصص بما كان على طريقة المكافأة كما في قوله سبحانه [٣] ﴿ وَلَمَنِ انْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ ﴾ .

وقوله : [٤] ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا ﴾ وقوله : [٥] ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ﴾ وقوله [٦] : ﴿ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ وهذه الآيات مخصصة بالخيانة في الأمانة فلا يجوز على طريقة المكافأة ومما يؤيد الجواز [٧]

---

(١) يرجع إلى الحديث وتخريجاته وطرقه التي عددها المصنف هنا إلى المنتقى وشرحه وقد أضاف هناك إلى ما نقله عن الأئمه قول الشافعي : هذا الحديث ليس بثابت . والإمامان اللذان صححا الحديث ... كما ذكر الشوكاني ... هما الحاكم وابن السكن ... والإمام الثالث الذي حسن الحديث هو الترمذي . المنتقى بشرح نيل الاوطار ٥/٣٣٤ .

(٢) يراجع القاموس في ذلك . كما جاء في المصباح : خان الرجل الأمانة يخونها خونا وخيانة ومخانة ... وفرقوا بين الخائن والسارق والغاصب بأن الخائن هو الذي خان ما جعل عليه أميناً ... والسارق من أخذ خفية من موضع كان ممنوعاً من الوصول إليه . وربما قيل كل سارق خائن دون العكس ... والغاصب من أخذ جهاراً معتمداً على قوته .

(٣) الآية الكريمة ٤١ من سورة الشورى .

(٤) جزء من الآية الكريمة ٤٠ من سورة الشورى .

(٥) الآية الكريمة ١٢٦ من سورة النحل .

(٦) جزء من الآية الكريمة ١٩٤ من سورة البقرة ... ويراجع القرطبي في تفسير الاية والآيات السابقة .

(٧) عبارة الشوكاني (ومما يؤيد الجواز ... الخ) بمثابة الاستدراك على ما قبله من أن الجزاء مخصص بالخيانة ... وبذلك يتضح أن

الحديث الصحيح المتقدم في إذنه صلى الله عليه وآله وسلم لهند امرأة أبي سفيان أن تأخذ لها ولولدها من مال زوجها ما يكفيها .

وأما قوله وكل دينين الخ فهذا معلوم بالعقل أنه لا يتعلق بعدم التساقط فائدة فمن ثبت له دينار مثلا على من كان له عليه دينار تساقط ولا يحتاج لمثل هذا ، إلى أن يدون في الكتب العلمية وهكذا قوله والفلوس كالنقدين .

فصل

وَيَجِبُ رَدّ الرَّهْنِ ، والقَبْضِ ، والغَصْبِ ، والمُسْتَأْجَرِ ، والمُسْتَعَارِ ، والْحَقِّ المعَجَّلِ والمُؤَجَّلِ ، والكَفَالَةِ بِالْوَجه إلى مَوْضِعِ الابتداء (غالبا)[1] لا المَعِيب والوَدِيعة والمُسْتَأجر عليه ، وكل دَيْن لم يلزم بعقد ، والقِصَاص فحيثُ أُمْكِن ، ويجب قبضُ كلّ معجّل مساوٍ ، أو زَائد في الصِّفة ، لا مَعَ خَوْف ضَرَرٍ أَوْ غَرَامَةٍ ،[2] ويصحّ التَّعْجِيل بشرط حَطّ البَعْض .

قوله : « فصل : ويجب رد القرض الخ » .

أقول : وجه أن المقرض محسن وما على المحسنين من سبيل فلو كان عليه أن يتجشم مشقة لرد قرضه لكان ذلك منافياً لاحسانه وأما الرهن فليس في رواية ولا رأي صحيح أنه يكون الوجوب على أحدهما ، لأن كلاهما منتفع بالرهن من جهة ، وأما الغصب فوجهه أن الغاصب ظالم متعد فعليه رفع ظلامته عن نفسه برد ما غصبه إلى الموضع الذي غصبه منه بل وإلى حيث استقرار المغصوب عليه ، وان كان بعيداً عن وضع الغصب ، وأما المستأجر

- الجملة السابقة تصور مذهباً ... وهذه تصور مذهباً آخر. فالمقصود بالجواز هنا جواز أن يأخذ الإنسان من مال من خانه مثل ما خانه من غير علمه ... وبهذا قال الشافعي مستدلا بحديث هند .... القرطبي - تفسير الآية ٤١ من سورة الشورى .

(١) احترز بقوله « غالباً » من كفيل الوجه فإنه إذا أسلم المكفول به حيث يمكن خصمه الاستيفاء منه برىء من الكفالة وإن لم يكن موضوع الإيفاء . شرح الأزهار ٣/١٧٩ .

(٢) إذا كان القبض مع خوف ضرر أو غرامة تلحقه فإنه لا يلزم قبضه...ويجوز أيضاً ممن عليه دين مؤجل أن يعجله لصاحبه بشرط حط البعض من ذلك الدين . المصدر السابق .

فوجهه أنه الطالب للانتفاع بالعين فيردها إلى الموضع الذي أخذها منه ، ويمكن أن يقال : إن المؤجر منتفع بالأجرة كما ينتفع المستأجر بالمنافع المتعلقة بالعين ، فلا يكون المستأجر بالرد إلى موضع الابتداء أولى من المؤجر ، وأما المستعير فوجهه أن المعير محسن كما تقدم في القرض ، وأمّا الحق المؤجل والمعجل فوجهه أن من هو عليه لا يخلص ذمته عمّا هو عليه إلا برده إلى يد من هو له ومثل ذلك الكفالة بالوجه ، هذا غاية ما يمكن في توجيه كلام المصنف ، وكان الأولى له أن يعقد الفصل على وجوب الردّ إلى المالك من غير نظر إلى موضع الابتداء فيقول مثلا يجب الرد الى المالك في القرض الخ حتى يكون ذلك عملا بحديث[1] « عَلَىَ الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه والحاكم وصححه من حديث الحسن عن سمرة وفي سماع الحسن من سَمُرة[2] فقال معروف : فإن هذا الحديث يدل على وجوب التأدية لكل ما أخذته اليد ولا تأدية إلا إذا كانت إلى المأخوذ منه ، ومثل هذا الحديث الذي تقدم بلفظ « أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَىَ مَنْ ائْتَمَنَكَ » فإن التأدية في الأمانات لا يكون إلا بدفعها إلى مالكها ، وبهذا تعرف أنه لا وجه لقول المصنف لا المعيب والوديع الخ ، وأما كونه يجب قبض كل معجل فوجهه أن لمن هو عليه أن يُبرِيء ذمته بالرد فليس لمن هو له أن يمتنع من ذلك مع عدم المانع من خوف ضرر أو غرامة .

قوله : « ويصح شرط حط البعض » .

---

(١) زاد أبو داود والترمذي : « قال قتادة : ثم نسي الحسن فقال : هو أمينك لا ضمان عليه ... يعني العارية » .
المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٣٣٥ . مختصر وشرح وتهذيب السنن للمنذري ٥/١٩٧ .

(٢) قال الشيخ ابن القيم رحمه الله اختلف أهل الحديث في سماع الحسن من سمرة على ثلاثة أقوال :
أ ـ أحدها ... صحة سماعه منه مطلقاً . وهذا قول يحيى بن سعيد وعلي بن المديني وغيرهما .
ب ـ الثاني أنه لا يصح سماعه منه ... وإنما روايته عنه من كتاب .
جـ ـ الثالث : صحة سماعه منه حديث العقيقة وحده ... قال البخاري في صحيحه : حدثني عبدالله بن أبي الأسود حدثنا قريش ابن أنس عن حبيب بن الشهيد قال : أمرني ابن سيرين أن أسأل الحسن : ممن سمع حديث العقيقة فسألته قال : من سمرة بن جنوب ... كما أورد الشيخ أيضاً حديثاً جاء في المسند صرح فيه الحسن بالتحديث ... ثم أورد حديث ... الباب هذا ... وتخريج الحاكم له وقوله هو على شرط البخاري ... وخالفه ابن القيم في كونه على شرط البخاري مستدلا على ذلك بما بينه هناك .
مختصر وشرح وتهذيب السنن ٥/١٩٧ .

أقول : إذا حصل التراضي على هذا فليس في ذلك مانع من شرع ولا عقل لأن صاحب الدين قد رضي ببعض ماله وطابت نفسه عن باقيه وهو يجوز أن تطيب نفسه عن جميع ذلك المال وتبرأ ذمته من هو عليه فالبعض بالأولى وقد ثبت في الصحيح[1] « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم سَمِعَ رَجُلَيْن يَتَخَاصَمَانِ في المَسْجِد وقد ارْتَفَعَتْ أَصْوَاتُهُمَا ، وكَانَتْ تِلْكَ الخُصُومَةُ في دَيْنٍ لأَحَدِهِمَا عَلَى الآخَر ، فَأَشْرَفَ عَلَيْهِمَا النبيُّ صلى الله عليه وآله وسلم وَأَشَارَ بِيَدِهِ إِلَى مَنْ لَهُ الدَّيْنُ أَنْ يَضَعَ الشَّطْرَ ، فَكَانَ هذا دليلا على جواز التعجيل بشرط حط البعض .

فصل

وَيَتَضَيَّق رَدّ الغَصْب ونحوه قَبْل المُرَاضَاةِ ، والدَّيْنُ[2] بِالطَّلَب فَيَسْتَحِلّ مَنْ مَطَل ، وَفي حَقّ اللهِ الخلافُ ويصح في الدَّين قَبْل القبض كل تصرف إلا رَهْنَه وَوَقْفَه وجَعْلَه زَكَاةً أو رأسَ مَال سَلَمٍ أَوْ مُضَارَبةٍ وتَمْليكه غَيْر الضَّامن بِغَيْر وَصِيَّةٍ أَوْ نَذْرٍ أَوْ إِقْرَارٍ أَوْ حَوَالة .

قوله : « فصل : ويتضيق رد الغصب ونحوه قبل المراضاة » .

أقول : وجه ذلك أنه مطالب بالرد في كل وقت فإذا لم يحصل الرضا فوجوب الرد ثابت متضيق عليه .

وأما قوله : « والدين بالطلب فيستحل من مطل » فوجهه أنه مع طلب القضاء قد

---

(١) الحديث أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه ... وصاحب الدين هو كعب بن مالك ...والحديث مروي عنه . ولفظه كما في البخاري : « أنه تقاضى ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وهو في بيته . فخرج إليهما حتى كشف سجف حجرته فنادى يا كعب ...قال لبيك يا رسول الله ... قال : ضع من دينك هذا فأومأ إليه أي الشطر . قال : لقد فعلت يا رسول الله ... قال : قم فاقضه » .
صحيح البخاري ٣/١٦٠ . مختصر وشرح وتهذيب السنن ٥/٢١٤ .

(٢) الدين يتضيق قضاؤه إذا طلبه صاحبه . شرح الأزهار ٣/١٨٠ .

وجب عليه ذلك الا كان ظالماً اذا كان متمكناً لما ثبت في الصحيح[1] من قوله صلى الله عليه وآله وسلم « لَيُّ الْوَاجِدِ ظُلْمٌ ، يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعقُوبَتَهُ » .

وأما قوله : في « حق الله الخلاف » فهو الخلاف المعروف في الأصول هل هو على الفور أو التراخي ، وفي المسألة طول ، وليس هذا مقام بسط الكلام فيها ، وأما قوله « ويصح في الدين قبل قبضه كل تصرف إلا رهنه »فوجهه اشتراط التقابض في الرهن ، وليس هذا الوجه بوجيه ، فإنه يصح رهن ما في الذمة ، ويقبضه المرتهن عند حلول أجله فيصير رهنا في يديه ، وهكذا يصح وقفه ، ولا مانع من ذلك ، وهكذا يصح جعله زكاة رأس مال مضاربة ، ولا مانع من هذه الأمور إلا مجرد تخيلات مختلة ، وعلل معتله ، وأما عدم صحة جعله رأس سلم فوجهه أنه يكون من بيع الكالىء بالكالىء وقد قدمنا النهي عنه ، وهكذا يصح تمليكه غير الضامن ، ولا مانع من شرع ولا عقل ولو بغير وصية أونذر أو إقرار أو حوالة .

---

(١) الحديث رواه الخمسة إلا الترمذي ... وأخرجه البيهقي والحاكم وابن حبان . وصححه وعلقه البخاري قال في الفتح : وإسناده حسن . قال أحمد : « قال وكيع : » عرضه : شكايته . « عقوبته : حبسه » . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٢٧١ .

«باب الصرف»

هُوَ بَيْعٌ مَخْصُوصٌ يُعْتبر فيه لَفْظه ، أو أيّ ألفاظ البَيْع . وَفي مُتَّفِقَيْ الْجِنْسِ والتَّقْدِيرِ مَا مَرّ إلا[1] المِلْك حَالَ العَقْدِ [2] فإن اختلّ أَحَدُهُمَا بَطَل ، أَوْ حِصَّتُه . فَيَتَرادَّانَ مَا لَمْ يَخْرُج عن اليَد ، وإلا فَالْمِثْل في النَّقْدَيْن ، والعَيْن في غيرهما ما لم يُسْتَهْلك ، فإن أَرَادَا تَصْحِيحَه تَرَادَّا الزِّيادَةَ وَجَدَّدَا العَقْد ومَا في الذِّمَّةِ كَالحَاضِر.

قوله : « باب الصرف هو بيع مخصوص فيعتبر لفظه أو أي الفاظ البيع » .

أقول : قد عرفت مما قدمنا في البيع أن اعتبار اللفظ المخصوص لا أصل له وان البيع المأذون فيه بقوله عز وجل[3] ﴿ وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ هو ما ذكره في قوله[4] : ﴿ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ فاذا حصل التراضي فقد وجد المناط الشرعي ولو بمجرد المقابضة من غير لفظ أو أشارة من قادر على النطق .

وأما قوله : « ويعتبر في متفقي الجنس والتقدير ما مر » فصحيح للأدلة الدالة على تحريم التفاضل والنَّسَاء فيما كان كذلك .. وأما قوله إلا الملك حال العقد فلا بد من تقييد ذلك بحصول التقابض في محل العقد قبل التفرق وإلا كان ذلك نساء وهو ربا كما تقدم في حديث « إِنَّمَا الرِّبَا في النَّسِيئَةِ » وفي حديث « إِذَا كَانَ يحصل يداً بيدٍ » وفي حديث « إذا لم

---

(١) ما مر من الشروط في الربويات .

(٢) استثناء الملك حال العقد إذ يصح أن يصرف منه دراهم معدودة عند العقد بداراهم كذا ... بشرط أن يحصل التقابض في مجلس العقد . شرح الأزهار ٣/١٨٣ .

(٣) الاية الكريمة ٢٧٥ من سورة البقرة وقد مرت من قبل ص ١٣٦ .

(٤) تكرر ذكر الاية الكريمة ص ١٣٦ .

تَتَفَرَّقَا وَبَيْنَكُمَا شَيْء » وقول المصنف فإن اختل أحدهما بطل أو حصته صحيح لأنه ربا كماعرفت ، وإذا حصل التراد ودفع المثل ففيه استدراك لما فرط منهما من الدخول في الربا .

قوله : « وما في الذمة كالحاضر » .

أقول : هذه الكلية محتاجة الى دليل يدل على تخصيص ما ورد من الأحاديث الصحيحة المصرحة بمثل قوله :«(١) إلاَّ يَداً بِيَدٍ » ومثل قوله « إلاَّ هَاوَهَا » وسائر ما ورد في هذا المعنى هذا مع الاتفاق في الجنس والتقدير ومع الاختلاف كالذهب بالفضة ، ونحو ذلك ما ورد فيه قوله صلى الله عليه وسلم(٢) « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَجْنَاسَ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ « إذَا كَانَ يَداً بِيَدٍ » ولم يثبت ما يدل على خلاف ذلك ، فالواجب الوقوف على ما تقتضيه الأدلة وعدم التخصيص لها بمجرد الرأي القائل والاجتهاد العاطل ، وهذا على تقدير أن أحد البدلين حاضر أما لو كانا جميعاً في الذمة كان ذلك من بيع الكالىء بالكالىء وقد تقدم النهي عنه .

فصل

وَمَتَى انْكَشَفَ في أَحَدِ النَّقْدَيْنِ رَدِيء عَيْنٍ ، أَوْ جِنْسٍ بَطَلَ بِقَدْرِهِ إلاَّ أَنْ يُبَدَّل(٣) الأَوَّل في مَجْلِس الطَّرف فقط والثَّاني فِيهِ مُطْلَقاً ، أَوْ في مَجْلِس الرَّدِ إنْ رَدَّ ولَمْ يَكُنْ قَدْ عَلِمَهُ فَيَلْزَم ، أَوْ شَرَطَ رَدَّه فَافْتَرَقَا مُجَوِّزاً لَهُ أَوْ قَاطِعاً فَيرْضَى أَوْ يَفْسَخ ، فإن كَانَ لِتَكْحِيل فَصَلَ إن أمكن وبَطَل بِقَدْرِهِ وإلاَّ فَفِي الكُلّ .(٤)

---

(١) يرجع الى الحديث ص ٦٧ .

(٢) يرجع الى الحديث ص ٦٧ .

(٣) متى انكشف في أحد النقدين رديء عين كالدرهم ينكشف انه حديد أو رديء جنس كالدرهم ينكشف أن فضته رديئة ليست في الجودة كبدلها بطل من الصرف بقدر الزائف إلا أن يبدل رديء العين في مجلس الصرف فقط فإن افترق المتصارفان قبل الإبدال بطل قدر الزائف ورديء الجنس إذا أبدل في مجلس الصرف فإنه يصح . شرح الأزهار ٣/١٨٤ .

(٤) فصل الكحل من الدراهم إن أمكن فصله ويبطل الصرف بقدره ويضمن المشتري قيمة الكحل . المصدر السابق .

قوله : « فصل ومتى انكشف في أحد النقدين رديء عين أو جنس الخ » .

أقول : الأدلة قد أوجبت التقابض في المجلس مع الاتفاق كالذهب بالذهب والفضة بالفضة من غير فرق بين جيد ورديء ، فإذا انكشف لأحد المتصارفين ، بعد المجلس رداءة ما صار إليه فله فسخه بخيار العيب بدليله السابق فيرد القابض للجيد ما يقابل ذلك الرديء من الجيد الذي قبضه من صاحب الرديء إذا كان الذي انكشفت رداءته هو بعض ما صار إليه ، فإن كان رديئاً كله فله رده كله بالعيب ، ويرد صاحب الرديء جميع ما قبضه من الجيد ويبطل الصرف الواقع بينهما ، هكذا ينبغي أن يقال في هذا الفصل ، وبه يتضح ما هو الصواب ، وإذا أراد إبدال الرديء بجيد فلا يجوز ذلك إلا في مجلس الصرف من غير فرق بين رديء العين والجنس ، فإن تفرقا وقد قبض صاحب الرديء رديئه أو بعضه وترك جيده عند المصارف له فقد وقعا في الربا ولا استدراك إلا بالتراد ثم التصارف والتقابض في المجلس .

فصل

ولا تُصَحِّحهُ الجَرِيرَةُ ونحوُها إلاَّ مُسَاوِيَةً لِمُقَابِلِهَا[1] ، ولاَ يَصِحّ في مُتَّفِقِي الْجِنْس والتَّقْدِير قَبْل الْقَبْض حَطٌّ وَلاَ إبْرَاء وَلاَ أَيّ تَصَرّف ، ويصِحّ حَطّ البَعْض في المُخْتَلِفَيْن[2] لا التَّصرف وَلاَ يَصِحّ الرّبَا بَيْن كُلّ مُكَلَّفَيْن في أَيِّ جِهَةٍ ولا بَيْن العَبْدِ ورَبِّهِ .

---

(١) الجريرة ... في اللغة ما يجره الإنسان من ذنب ... فعلية بمعنى مفعولة ... وسميت الجريرة جريرة في المذهب لأنها تجر حق الغير إلى ملك صاحبها . وفي تعليقه على شرح الأزهار... أشار إلى أن الأصل في الجريرة أنه أتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم بتمر من خيبر فقال : أو كل تمر خيبر هكذا ؟ ... فقالوا : لا يا رسول الله ... إنا نشتري الصاع بصاعين والصاعين بثلاثة ... فقال صلى الله عليه وسلم : « لا تفعلوا ... ولكن مثلا بمثل ... أو تبيع هذا وتشتري بثمنه من هذا ... وكذلك الميزان كالمكيال في علة الربا » . والجريرة معناها أن يتحيل في تصحيح صرف الأقل بالأكثر من الجنس الواحد فيدخل جريرة مع الأقل لتقابل الزيادة ... ونحو ذلك بأن يشتري بالأقل سلعة من صاحب الأكثر. ثم يبيعها منه بالأكثر... فإن الحيلة بالجريرة وبالسلعة تقتضي التصحيح حتى تكون الجريرة قيمتها مساوية لما يقابلها بحيث يرضى كل بما أخذ عوضاً عن الآخر. شرح الأزهار ٣/١٨٦

(٢) المختلفين : الجنسين المختلفين .

قوله : « فصل ولا تصححه الجريرة » .

أقول : هذا صحيح وقد تقدم الكلام عليه عند قول المصنف ، فإن صحب أحد المثلين غيره ذو قيمة .

وأما قوله ولا يصح في متفقي الجنس والتقدير الخ فهذا معلوم لأنه يؤدي إلى صرف الجنس بجنسه متفاضلاً وذلك ربا والاعتبار بالمجلس فلا حكم لما وقع قبله من حط أو إبراء أو تصرف .

وأما قوله ويصح حط البعض في المختلفين فيدل عليه قوله صلى الله عليه وآله وسلم[1] « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِه الأَجْنَاسُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يداً بيدٍ » فإنه صلى الله عليه وآله وسلم جوز التفاضل ومنع النساء وقد قدم المصنف رحمه الله في باب الربويات ما يغنى عن هذا ، وإنما أعادهُ تكميلا لمباحث الصرف .

وأما قوله : « ولا يحل الربا بين كل مكلفين في أي جهة » فهذا معلوم أما المسلمون فظاهر وأما الكفار فلما تقدم من أنهم مخاطبون بالشرعيات أي معذبون على فعل ما يحرم وترك ما يجب ، ولا فرق بين دار الحرب[2] وغيرها لأن ما حرمه الله حرام في كل زمان ومكان ، وتخصيص دار الحرب بأحكام لا يقتضي تخصيصها بتحليل الربا فيها .

قوله : « ولا بين العبد وربه » .

أقول : هذا الربا غير معقول لأنه إذا أعطى الفقير درهماً عن دراهم تواطئاً على أنها في ذمة الغني المذكر للفقير المصروف إليه فهذه إنما هي حيلة باطلة ودُلْسَةٌ عاطلة[3] لا نفوذ لها ولا قبول ومعلوم أنه لو واطأ الفقير على أن يبيع منه ما في ذمته من الزكاة وهي ألوف

---

(١) تقدم الحديث ص ٦٧ .

(٢) يرد بهذا على ما ذهب إليه الناصر من الزيدية وأبو حنيفة ... ومحمد من أئمة الحنيفة من جواز الربا بين الحربيّين وبين المسلم والكافر في دار الحرب . يراجع مختصر ابن مفتاح ٣/١٨٧ وشرح الهداية ٥/٣٠٠ .

(٣) الدلسة بالضم ... الخديعة .

مؤلفة بدرهم واحد أو بدونه لقبل[1] منه ذلك وفي الحقيقة انه لم يقع عن الزكاة الا هذا الدرهم ولا يبعد أن لا يقع عن الزكاة لما شابه من القصد الباطل والاضمار المخالف للحق .

(١) في الأصل المخطوط « لقبله منه » .

« باب السلم[1] »

لاَ يَصِحّ في عَيْن أَوْ ما يَعْظُم تَفَاوُته كَالْحَيَوَان ، والجَوَاهر ، والَّلآلي ، والفُصُوص ، والجُلود ، ومالا يُنْقل ، وما يَحْرُم فِيه النِّساء فمن أسلم جنسا في جنسه وغير جِنْسه فَسَد في الكُلّ ، ويصح فيما عدا ذلك بشروط : (الأول) ذكر قدر المُسْلَم فيه ، وجِنْسه ، ونوعه ، وصِفته ، كَرَطب وعِتْق[2] ومُدّته وقِشْر زيت[3] ولحم كذا من عضو كذا سِمَنُه كذا ، وماله طُول وَعرض وَرِقَّة وغِلَظٌ بُيِّنَتْ مع الجِنْس ، ويوزن ما عدا المِثْليّ ولو اجُراً أو حَشِيشاً (الثاني) معرفة إمكانه لِلْحلول وإن عُدِم حَالَ العَقْدِ ، فلو عَيّن ما يُقَدّر تَعذُّره كَنَسْج مَحِلّة أَوْ مِكْيَالها بَطَل[4] (الثالث) كون الثمن مَقْبُوضا في المجلس تَحْقِيقاً مَعْلوماً جُمْلة أَوْ تَفْصِيلاً ، ويصِحّ بكلّ مَالٍ ، وفي انكشاف الرديء ما مر[5] (الرابع) الأجل المعلوم ، وأقله ثَلاَث ، ورأس ما هو فيه لآخره[6] وإلا فَلِرُؤية هِلاله ، وله إلى آخر اليوم المطلق ويصح التعجيل كما مر (الخامس) تعيين المكان قبل التفرّق ، وتَجويز الربْح ، والخسران .

(١) السلم في البيع مثل السلف وزنا ومعنى .

(٢) عتق : هذا من صفات السمن ... فلا بد أن يذكر كونه سمن بقر أو غنم . شرح الأزهار ٣/١٨٩ .

(٣) إذا أسلم في زيت فلا بد أن يذكر كونه مقشراً أو غير مقشر .

(٤) من شرط السلم أن يعرف من طريق العادة أن الشيء المسلم فيه يتمكن المسلم اليه من تحصيله عند حلول أجله ولو لم يكن موجوداً حال العقد فإن لم يعرف ذلك لم يصح السلم ... فلو عين ما يقدر تقدره عادة كنسج محله أو مكيالها بطل العقد . المصدر السابق .

(٥) الحكم في انكشاف الرديء في رأس المال ... رديء عين أو جنس ... ما مر في الصرف في أنه يبطل بقدره ... إلا أن يبدل رديء العين في مجلس الصرف ورديء الجنس فيه أو في مجلس الرد . المصدر السابق ٣/١٩٢ .

(٦) من أسلم الى رأس ما هو فيه ... نحو أن يسلم إلى رأس الشهر الذي قد دخل بعضه وجب أن يكون لآخره ... وكذا السنة . وإلا بأن أسلم إلى رأس الشهر المستقبل فلرؤية هلاله . المصدر السابق .

قوله : « باب السلم لا يصح في عين » .

أقول : هذا الباب قد وقع إجماع المسلمين على جوازه إلا ما وقع في رواية عن ابن المسيب كما حكى ذلك في فتح[1] الباري والبحر الزخار للمصنف وثبت بالسنة الصحيحة كما في الصحيحين[2] وغيرهما من حديث ابن عباس قال : « قَدِمَ النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم المَدِينَةَ وهُمْ يُسْلِفُونَ في الثِّمَارِ السَّنَةَ والسَّنَتَيْنِ فقال : مَنْ أَسْلَفَ فَلْيَسْلِفْ في كَيْلٍ [مَعْلُومٍ] وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إلىَ أَجَلٍ مَعْلُومٍ » والسلف الشرعي بيع موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلا وقد دل على هذا قوله « مَنْ أَسْلَفَ فَلْيَسْلِفْ » فإنه يدل أن المسلم فيه غير حاضر في ذمة المسلم إليه ويؤيده قوله : « إلى أجل معلوم » والتصريح يكون المسلم فيه معلوماً والأجل معلوماً يفيد أنه لا يصح السلم في غير معلوم ، ولا يصح أن يكون الأجل مجهولاً قال فتح الباري[3] « واتفقوا على أنه يُشترط له ما يشترط للبيع وعلى تسليم رأس المال في المجلس » انتهى ، ومراد المصنف لقوله لا يصح في عين أي في حاضر ، والحديث قد دل على هذا ، فمن زعم أنه يصح في حاضر فقد تمسك بغير دليل ولا ينفعه الاستدلال بما ورد في السلم من غير ذكر التأجيل ، لان المطلق يحمل على المُقيد ، وأيضاً لفظ يفيد ذلك فلا يطلق على ما كان حاضراً .

وهكذا قوله : « أو ما يعظم تفاوته » فإن قوله في الحديث « في كَيْل مَعْلُوم وَوَزْن مَعْلُوم » يدل على أنه لا يصح السلم فيما يعظم تفاوته لعدم ضبطه بضابط يصح به وصفه يكون معلوماً ، ومن ادعى أنه يمكن ضبطه بمضابط فقد أبعد ، فإن الحيوان والجواهر واللآليء والفصوص مختلفة غاية الاختلاف فمنها ما تكون قيمته الدينار والدينارين ، ومنها ما يكون قيمته الألف والألفين ، وهكذا لا يصلح السلم فيما لا ينقل كالأراضي والدور لأنه لا يكون إلا حاضراً ، وهكذا لا يصح فيما يحرم فيه النساء من الأجناس الر بوية لأنه ربا

(١) فتح الباري على الصحيح ٤/٤٢٨ .
(٢) الحديث رواه الجماعة ويرجع إليه في المنتقى ... والزيادة التي بين قوسين بالرجوع الى لفظه هناك .
المنتقى بشرح نيل الاوطار ٥/٢٥٥ : الصحيح بشرح الفتح ٤/٤٢٨ .

وأما قوله : « فمن أسلم جنساً في جنسه وغير جنسه فسد في الكل » فمبني على ما تقدم له من أنه إذا انضم إلى جائز البيع غيره وقد قدمنا ما فيه .

قوله : « ويصح فيما عدا ذلك بشروط : الأول ذكر قدر المسلم فيه وجنسه الخ »

أقول : هذا صحيح لأنه لا يكون معلوماً إلا بذلك ، وقد اشترط الشارع المعلومية كما تقدم .

وأما قوله : الثاني معرفة إمكانه للحلول فوجهه أنه لو ذكر في السلم وصفاً يدل على عدم إمكانه لكان ذلك عائداً على الغرض المقصود من السلم بالنقص ، وأما وإن عدم حال العقد فيدل عليه ما أخرجه أحمد[1] والبخاري عن عبد الرحمن بن أَبْزَى وعبدالله ابن أبي أَوْفى قالا : « كُنَّا نُصِيبُ المَغَانِمَ مَعَ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وكَانَ يَأْتِينَا أَنباطٌ مِنْ أَنْبَاطِ الشَّامِ فَنُسْلِفُهُمْ في الحِنْطَةِ والشَّعِيرِ والزَّيْتِ إلى أَجَلٍ مُسَمىً » ، قيل : أَكَانَ لَهُم زَرْعٌ أَوْ لَمَ يَكُنْ ؟ قَالاَ : مَا كُنَّا نَسْأَلُهُمْ عَنْ ذَلِكَ » وفي رواية[2] « كنا نُسْلِفُ عَلَىَ عَهْد النَّبِيِّ صلى الله عليه وآله وسلم وأبي بكر وعمر في الحِنْطَةِ والشَّعِيرِ والزَّبِيبِ والتَّمْرِ وَمَا نَرَاهُ عِنْدَهُم » أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه والسكوت تقرير .

قوله : « الثالث كون الثمن مقبوضاً في المجلس » .

أقول : هذا الشرط لا بد منه ، ولا يتم السلم إلا به . وإلا كان من بيع الكالىء بالكالىء وقد قدمنا النهي عنه وأما كونه يصح بكل مال فلكون الأدلة لم تدل إلا على اشتراط أن يكون ثمن السلم معلوماً للمسلم والمسلم إليه وذلك ممكن في كل الأمور .

---

(١) الانباط : جمع نبط ... وهم قوم معروفون كانوا ينزلون بالبطائح من العراقين ... قاله الجوهري وأصلهم قوم من العرب دخلوا في العجم واختلطت أنسابهم وفسد ألسنتهم ... ويقال لهم النبط بفتحتين والنبيط ... وإنما سموا بذلك لمعرفتهم أنباط الماء اي استخراجه لكثرة معالجتهم الفلاحة ... وقيل هم نصارى الشام ... وهم عرب دخلوا في الروم ونزلوا بوادي الشام جنوبي فلسطين ... وكانت قاعداتهم صلع وبصرى والحجر وهي حصونهم ومستودع أموالهم وأسلحتهم ... كانوا من التجار يرحلون إلى مصر والشام وبلاد الفرات وروما ... يراجع المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٥٦ . كما يراجع المنجد « مادة نبط » .

(٢) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٥٦ .

وأما قوله : « في انكشاف الرديء ما مر » فوجهه أنه عيب وقد دل الدليل على أنه يرد على صاحبه وقد تقدم في خيار العيب وفي الصرف ما يغني عن الإعادة هنا .

وأما قوله : « الرابع للأجل المعلوم » فقد دل عليه الدليل الصحيح المتقدم فلا يصح السلم بدون تأجيل بل ينقلب بيعاً كما قدمنا ، ولا يصح بأجل مجهول . وأما تعيين أقل مدته أو أكثرها فلم يثبت فيه ما يصلح للاحتجاج به لكنه إذا لم يوجد في الأجل المعلوم فقد أخرج مالك في الموطأ وأبو داود[1] من حديث ابن عمر « أَنَّ رَجُلاً أَسْلَمَ فِي نَخْلٍ فَلَمْ يُخْرِجْ فِي تِلْكَ السَّنَةِ شَيْئاً فَاخْتَصَمَا إِلَى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال : بِمَ تَسْتَحِلّ مَالَهُ ارْدُدْ عَلَيْهِ مَالَه ثُمّ قال : لا تُسْلِفُوا فِي النَّخْلِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهُ » وفي إسناده رجل مجهول ، فإن أبا داود رواه عن محمد بن كثير عن سفيان عن ابي إسحق عن رجل نجراني عن ابن عمر فلا يصلح للاحتجاج به .

وأما قوله : « الخامس تعيين المكان » فليس على هذا الشرط دليل لا صحيح ولا عليل وهكذا تجويز الربح والخسران .

فصل

وَمَتَى بَطَلَ الفَسْخُ أَوْ عُدِمَ جِنْسٌ لم يُؤْخَذ إلاّ رَأْسُ المَالِ ، أَو مِثْله ، أَوْ قيمَتُه يَوْمَ قُبِضَ إنْ تَلِفَ وَلاَ يَبْتَع بِهِ قَبْل القَبْضِ شَيْئاً إلا لِفَسَادٍ فيأخذ ما شاء[2] . ومَتَى تَوَافَيَا فِيه[3] مصرحَيْن صَارَ بَيْعاً ، وإلاّ جَازَ الإرتجَاع وَلاَ يُجَدَّد إلاّ بَعْد التَّرَاجُعِ ، ويَصِحّ إنْظَار مُعْدَم الْجِنْس والحَطّ الإبْرَاء قَبْل القَبْض غالباً ، وبَعْده ، ويصِحّ بلفظ البَيْع كالصَّرْفِ لا هو

---

(١) مختصر وشرح وتهذيب سنن أبي داود ٥/١١١ .

(٢) إذا بطل السلم لأحد الوجهين المتقدمين لم يكن للسلم أن يشتري برأس المال قبل قبضه شيئاً غير ما أسلم فيه إلا إذا بطل لفساد في العقد فيأخذ المسلم ما شاء إما راس المال وإما بدله أو يشتري به شيئاً آخر ولو قبل قبضه . شرح الأزهار ٣/١٩٦ .

(٣) متى توافيا فيه : أي في الفاسد .

بأيّهما ولا أيّهما بالآخر[1] .

قوله : « ومتى بطل بفسخ أو عدم جنس لم يؤخذ الا رأس المال » .

أقول: هذا صحيح لأن المُسلَم إليه مغذور بالفسخ أو عدم الوجود فلا يطالب بغير رد رأس المال أما مع الفسخ فظاهر وأما مع عدم الجنس فلعدم قدرته على إيجاد المعدوم فيرد رأس المال بعينه وان كان قد تلف فمثله ان كان مثليا والا فقيمته .

وأما قوله : ولا يبيع به قبل القبض شيئاً فوجهه ما تقدم من النهي عن أن يبيع الرجل ما ليس عنده وفي خصوص السلم حديث ابي سعيد[2] قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « مَنْ أَسْلَمَ في شَيْءٍ فَلاَ يَصْرِفْهُ إلىَ غَيْرِهِ » أخرجه أبو داود وابن ماجه وفي اسناده عَطِيّة العَوْفي[3] ولا يحتج بحديثه ولكنه يشهد له ما أخرجه الدارقطني عن ابن عمر[4] قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « مَنْ أَسْلَفَ شَيْئاً فَلاَ يَشْتَرِطْ عَلَىَ صَاحِبِهِ غَيْرَ قَضَائِهِ وفي لفظ « مَنْ أَسْلَفَ في شَيْءٍ فَلاَ يَأْخُذْ إلاَّ مَا أَسْلَفَ فِيهِ أَوْ رأسَ مَالِهِ »

وأما قوله : « لا لفساد فيأخذ ما شاء » فأقول قد عرفناك غير مرة أنه لا وجه للتفرقة بين البطلان والفساد إلا مجرد الرأي فإذا بطل السلم بمبطل شرعي بطل حكمه وليس للمسلم إلا رأس ماله فقط فلا يصح ما رتبه على هذا بقول ومتى توافيا فيه الخ .

وأما قوله : « ويصح إنظار معدم الجنس » فصحيح لأن المُسلِم محكّم فيما أسلم فيه

(١) يصح السلم بلفظ البيع كالصرف فيقول بعت هذا إليك بكذا أو أسلمته إليك بكذا... كما يجوز في الصرف أن يقول : صرفت إليك هذا بهذا أو بعت إليك ... ولا ينعقد البيع بلفظ الصرف ولا بلفظ السلم ولا ايهما بالاخر أي لا يصح الصرف بلفظ السلم ولا السلم بلفظ الصرف . شرح الأزهار ٣/١٩٧ .

(٢) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٥٧ . سنن ابن ماجه ٢/٧٦٦ .

(٣) عطية بن سعد العوفي الكوفي تابعي شهير ضعيف روى عن ابن عباس وأبي سعيد وابن عمر وروى عنه مسعد وحجاج بن أرطاه وطائفة وابنه الحسن .

قال أبو حاتم : يكتب حديثه . ضعيف ... وقال سالم المرادي : كان عطية يتشيع ... وقال ابن معين : صالح ... وقال أحمد : ضعيف الحديث بلغني أن عطية كان يأتي الكلبي فيأخذ عنه التفسير ... وكان يكنى بأبي سعيد ... فيقول : قال أبو سعيد يوهم أنه الخدري . الميزان للذهبي .

(٤) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٥٧ .

إن اختار إرجاع رأس ماله كان له ذلك وإن اختار الإنظار كأن يمهله إلى عام آخر كان له ذلك ، إلى هذا ذهب الجمهور ، وهكذا يصح الحط والإبراء قبل القبض وبعده . ويصح للبعض وللكل ، ولا حجر على فاعله لأنه مِلْكه يتصرف به كيف يشاء ، ولا مانع شرعياً يمنع من ذلك .

وأما قوله : « ويصح بلفظ البيع » الخ فالحق أنه يصح بكل لفظ يدل على التراضي كما قدمنا في البيع والصرف مع ملاحظة كونه معلوماً والأجلَ معلوماً ، وإذا تقرر لك ما ذكرناه في الباب علمت أنه لا يعتبر فيه إلا ما صرح به الحديث الصحيح الذي ذكرناه في أوله .

فصل

وَإِذَا اخْتَلَفَ البَيِّعَانِ فَالْقَوْلُ في العَقْدِ لِمُنكِر وُقُوعِه ، وفَسْخِهِ ، وفَسَادِهِ ، والخِيَار ، والأجلِ وأَطْول المُدَّتَيْن ، ومُضِيِّها ، وإذَا قَامَتْ بَيِّنَتَا بَيْعِ الأَمَةِ وتَزْوِيجِهَا اسْتُعْمِلتَا[1] . فإن حَلَفَا ، أو نَحْوَه ثَبَتَتْ لِلْمَالِك[2] لاَ بَيِّنَتَا العِتْقِ ، والشِّرَاء ، والعِتْقُ قَبْلَ القَبْضِ وبَعْدَهُ إن أُطْلِقَتا[3] وَفي المَبِيع لِمُنْكِرِ قَبْضه[4] وتَسْلِيمِهِ كَامِلاً أَوْ مَعَ زِيَادَةٍ وتَعَيِّيه ، وأَنَّ ذَا عَيْبٌ وقَبْلَ الْقَبْضِ[5] فيما يَحْتَمِل والرِّضَا (قبل) وأَكْثر القَدْرَيْن لِبَائِعٍ لَمْ يَقْبِض الثَّمن في نَفْيِ إِقْبَاضِهِ . ولِلمُسْلَمِ إِلَيْه في قِيمَةِ رَأْسَ الْمَالَ بَعْد التَّلَفِ فَأَمَّا في جِنْسِ المَبِيع وعَيْنِه .

---

(١) استعملتا جميعاً فيحكم بالبيع ويحكم بالتزويج .

(٢) إذا حلفا جميعاً أو نكلا جميعاً تهاترت البينتان وثبتت للمالك . شرح الأزهار ٣/٢٠٠ .

(٣) العتق يحكم به إذا وقع التداعي قبل القبض من المشتري للأمة . ويحكم ببينة الشراء إذا وقع التداعي بعد القبض ... وهذا التفصيل إذا أطلقت البينتان فإن أرختا عمل بالمتقدمة . المصدر السابق .

(٤) إذا اختلف البيعان في المبيع فالقول لمنكر قبضه .... إلخ . المصدر السابق

(٥) اختلف البائع والمشتري في نفس العيب مع اتفاقهما في وجوده فقال المشتري : هو عيب وأنكر البائع أنه عيب ... فإن أقر البائع بالعيب وأنكر كونه من قبل القبض وادعى المشتري أنه كان حادثاً عند البائع ... فالبينة على المشتري والقول للبائع فيما يحتمل أنه حدث قبل القبض ويحتمل أنه حدث بعده . المصدر السابق .

ونَوْعِه ، وصِفَتِه ، ومكانه وَلاَ بَيِّنَةَ[1] فيتحَالَفَان ويَبْطُل غَالِباً ، فإنَ بيَّنَا فَلِلمُشْتَرِي إنْ أَمْكَنْ عَقْدَان ، وإلا بَطَل ، وَفي الثَّمَنِ لمدَّعِي مَا يُتَعَامَل بِهِ في البَلَدِ ، ثمَ لِلبَائِع في نَفْي قَبْضِهُ مُطلقا ، إلا في السَّلَمِ فَفي المَجْلِسِ فَقَطْ ، وفي قَدْره وجِنْسِه ونَوْعِه وصِفَتِهِ قبل تسليم المَبيع لاَ بَعْدَه فللمُشْتَرِي .

قوله : « فصل وإذا اختلف المبيعان فالقول في العقد لمنكر وقوعه » .

أقول : هذا قد دل عليه الحديث الصحيح المصرح بأن على المدعي البينة وعلى المنكر اليمين وها هنا المنكر للوقوع القول قوله مع يمينه وعلى مدعي الوقوع البينة لكن قد أخرج أحمد وأبو[2] داود والنسائي من حديث ابن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « إِذَا اخْتَلَفَ البَيِّعَانِ وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ فَالقَوْلُ مَا يَقُولُ صَاحِبُ السِّلْعَةِ أَوْ يَتَرَادَّانِ البَيْعَ » وزاد فيه ابنَ ماجه[3] « والبَيْعُ قَائِمٌ بِعَيْنِهِ » وذكر معنى هذه الزيادة أحمد بلفظ والسِّلْعَةُ كَمَا هِيَ » وفي لفظ للدارقطني[4] « إِذَا اخْتَلَفَ البَيِّعَانِ وَالبَيْعُ مُسْتَهْلكٌ فَالقَولُ قَوْلُ البَائِعِ » وفي لفظ لأحمد والنسائي[5] « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أَمَرَ البَائِعَ أَنْ يَسْتَحْلِفَ ثُمَّ يُخَيَّرُ المُبْتَاعُ إنْ شَاءَ أَخَذَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ » والحديث له طرق وقد اختلف فيه على إسماعيل بن أمية ثم على ابن جُرَيج واختلف أيضا في سماع أبي[6] عبيدة بن عبدالله بن

---

(١) لا بينة لاحدهما .

(٢) لفظ أبي داود : « فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركان » ... وليس في المنتقى لفظة « البيع » في آخر الحديث .

قال الشيخ ابن القيم تعليقاً على الحديث : وقد روى حديث ابن مسعود من طرق عن ابن مسعود يشد بعضها بعضاً وليس منهم مجروح ولا متهم وإنما يخاف من سوء حفظ محمد بن عبد الرحمن ولم ينفرد به » ثم استطرد الشيخ مستدلا على عدم انفراد محمد بن عبد الرحمن .. يراجع المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٢٥٢ ... مختصر وشرح وتهذيب السنن للمنذري ٥/١٦٢

(٣) سنن ابن ماجه ٢/٧٣٧ .

(٤) هذه الروايات قد أوردها في المنتقى ... وزاد تعليقاً على رواية الدارقطني عن أبي وائل عن عبدالله . « ورفع الحديث إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٢٥٢

(٥) لفظ المنتقى : عن أبي عبيدة : وأتاه رجلان تبايعا سلعة فقال هذا أخذ بكذا وكذا ... وقال هذا بعت بكذا وكذا ... فقال أبو عبيدة : أتى عبدالله في مثل هذا فقال ... حضرت النبي صلى الله عليه وآله وسلم في مثل هذا فأمر بالبائع .... » الحديث . سنن النسائي ٧/٢٦٦ . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٢٥٢ .

(٦) سمع أبو عبيدة من أبي موسى وسعيد بن زيد الأنصاري واختلف في سماعه من أبيه وقال ابن سعد في الطبقات : كان ثقة كثير الحديث طبقات ابن سعد ٦/١٤٦

مسعود من أبيه ، ولكنه قد رواه الشافعي عن عون بن عبدالله بن عُتبه عن ابن مسعود وفيه انقطاع لأن عوناً لم يدرك ابن مسعود ، وقد روى من غير طريقهما عن عبدالله بن مسعود كما بيناه في شرح المنتقى[1] ، وأوضحنا طرقه وألفاظه ، وقد صحح بعضَ طرقه الحاكم وابن السّكن وصحح بعضا منها الحاكم[2] وحسنها البيهقي ، وهذا الحديث لو سَلِم من المعارض الناهض لكانت طرقه يشهد بعضها لبعض ويقوي بعضها بعضاً ، ولكنه عارضه الحديث الصحيح[3] المتفق عليه « أنّ البَيِّنَةَ عَلَى المُدَّعي واليَمِينَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ » وبين الحديثين عموم وخصوص من وجه فيتعارضان في مادة الاجتماع وهي حيث يكون البائع مدعياً فإن قوله « فَالْقَوْلُ مَا يَقُولُ رَبّ السِّلْعة » يدل على أن القول قوله مع يمينه وحديث « البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعي » يدل على أنه لا يكون القول قوله بل عليه البَيِّنة ، ومعلوم أن الحديث الثابت في الصحيحين وغيرهما من طرق أرجح ، فالمصير إليه متعين ولا تعارض في مادتي الافتراق وهما حيث يكون البائع منكراً وحيث يكون غير البائع مدعياً ، فإن الحديثين كلاهما يدلان على أن القول قول البائع المنكر مع يمينه ، ويدلان على أن البينة على المدعي الذي ليس ببائع وبهذا تستريح مما وقع فيه الغير من التعب والنصب في الجمع بين الحديثين ، فتقرر لك بهذا أن القول قول منكر وقوع البيع ومنكر فسخه ، ومنكر فساده ، ومنكر الخيار ، والأجل ، ومنكر أطول المدتين ، ومضيها مع يمينه ، والبينة على المدعي في ذلك كله .

قوله : « وإذا قامت بينتا بيع الأمة وتزويجها استعملتا » .

أقول : وجهه إمكان الجمع بين الأمرين بأن يزوجها منه أولا ثم يبيعها ثانياً ، وإذا لم يمكن[4] استعمال البينتين بأن يضيفا إلى وقت واحد بطلتا ورجع إلى الأصل وهو بقاء

---

(١) نيل الأوطار على المنتقى ٥/٢٥٣ . كما يراجع ابن القيم في مختصر السنن ٥/١٦٢ .

(٢) قال الحاكم في المستدرك تعليقاً على رواية عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث بن قيس عن أبيه عن جده : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ... وأكد الذهبي في التلخيص صحته . السنن الكبرى للبيقهي ٥/٣٣٢ المستدرك والتلخيص ٢/٤٥ .

(٣) تقدم ذكر الحديث ص ٤١١ من الجزء الثاني .

(٤) في الأصل المخطوط « يكن » والسياق يقتضي ما أثبتناه .

ملك البائع إلا أن يدعي البيع فإنه ها هنا مقر بخروجها عن ملكه ومدعي النكاح ناف لملكها فتصير لبيت مال المسلمين ، لكن إذا كان البائع مقرا بأستيفاء ثمنها ، أما إذا كان مطالبا به فإقراره مشروط بتسليم الثمن ، فلا تخرج عن ملكه الا به والا بقيت في ملكه وأما اذا حلف فقد تضمنت يمين البائع وفي انكاحها وتضمنت يمين مدعي التزويج نفي بيعها فتبقى في ملك البائع إلا أن يكون البائع مع إنكار إنكاحها مدعياً لبيعها . فهو ناف لملكها ، والكلام فيه كما تقدم في المبينتين .

وأما قوله : « لا بينتا العتق والشراء » « فالعتق قبل القبض والشراء بعده » فوجهه أن بينة المشتري قبل القبض ضعيفة بالنسبة إلى بينة العتق ، لأنها قوية مع بقاء الأمة في يد معتقها ، ولا أرى هذا المرجح راجحاً بل ينبغي الترجيح بين نفس البينتين ، فإن تساويا من كل وجه بطلتا وبقيت الأمة لمالكها ، هذا إذا أطلقتا كما ذكر المصنف أو أرختا بوقت واحد ، وأما إذا اختلف التاريخ فالحكم للبينة الأولى ، فإن شهدت بالبيع لم يصح العتق وإن شهدت بالعتق لم يصح البيع .

قوله : « ولبائع لم يقبض الثمن في نفي اقباضه » .

أقول : وجهه أن الأصل عدم قبض المشتري للمبيع ، وأما بعد أن يقبض البائع الثمن فلا يكون القول قوله والظاهر أنه لا فرق بين قبض الثمن وعدمه وأن بقاء المبيع في يد البائع يوجب أن يكون القول قوله في نفي الاقباض على كل حال لأن الأصل عدمه وبقاؤه في يد البائع قرينة مقوية للأصل .

وأما قوله : وللمسلم إليه قيمة رأس المال فلا وجه [له] لأنه لا أصالة ها هنا ، ولا ظهور ، فينبغي أن يكون القول قول منكر الزيادة والبينة على مُدَّعيها .

قوله : « وأما في تعيين جنس المبيع الخ » .

أقول : هذه الأمور الخمسة[1] لا يترجح فيها أحد الجانبين بل يستويان ، فمن بدأ

(١) الأمور الخمسة التي أشار إليها هي الاختلاف في جنس المبيع ، عينه .. نوعه .. صنفه .. مكانه . ابن مفتاح ٣/٢٠٤ .

بالدعوى منهما فيها كان هو المدعي وعليه البينة ومن أنكر كان هو المدعى عليه . وعليه اليمين ، فإن ادعى كل واحد منهما بأن يقول هو هذا الجنس ويقول الآخر هو هذا أو هو هذه العين ويقول الآخر هو هذه وكذا في النوع والصفة والمكان فتطلب من كل واحد منهما البينة على ما ادعاه ، ويعمل على ما قامت عليه وإن بينا جميعاً فقال المصنف إن بينة المشتري أرجح لأنها خارجة إن أمكن عقدان وإلا بطل البيع وهذا مسلم مع استواء البينتين وعدم وجود مرجح يرجح أحداهما على الأخرى بوجه من وجوه الترجيح الآتية ، وهكذا إذا تخالفا مع عدم البينة لأن المفروض أن كل واحد منهما مدع من جهة ومنكر من أخرى ، فلا يكون أحدهما أرجح حيث كانا متفقين على أنه لم يقع المبيع إلا لشيء واحد .

وأما قوله : « وفي الثمن لمدعي ما يتعامل به في البلد » فصحيح لأنه السابق إلى الأذهان ، فالظاهر مع من ادعاه وأنكر ما سواه ، وأما كون القول للبائع في نفي قبض الثمن فوجهه أن الأصل عدم ذلك وأما ثمن السلم فلما كان قبضه في مجلس عقده شرطاً لئلا يكون من بيع الكالىء بالكالىء كان القول قول المنكر قبضه في المجلس لا بعده ، ولا وجه له إلا ما يذكرونه من أنه إذا احتمل العقد وجهي صحة وفساد كان جانب الصحة أرجح ، ولا أرى هذا مرجحاً بل يتوجه الرجوع إلى حكم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بأن على المدعي البينة وعلى المنكر اليمين .

وأما قوله وللبائع في قدره وجنسه ونوعه وصفته قبل تسليم المبيع فلا وجه لهذا الا [ما] يذكرونه من أن اليد للبائع قبل التسليم ولا أرى هذا مرجحاً بل القول في القدر لمنكر الزيادة وأما في الجنس أو النوع أو الصفة فكما تقدم في المبيع من غير فرق بين أن يكون الاختلاف قبل تسليم المبيع أو بعده .

كتاب الشفعة

فصل

تَجِبُ في كلِّ عَينْ مُلِكَتْ بِعَقْد صَحِيح بِعوَض مَعْلُوم مَال عَلىَ أَيِّ صِفَةٍ كَانَتْ لِكُلِّ شَرِيكٍ مَالِك في الأَصْل ، ثُم الشِّرْبِ ، ثمّ الطَّرِيقِ ثُم الجَارِ المُلاصِقِ ، وإنّ مُلِكَتْ بِفَاسِدٍ[1] أَوْ فُسِخَ بِحُكْمٍ بَعْدَ الْحُكْمِ بِهَا[2] إلاّ لِكَافِرٍ على مُسْلِم مُطْلقاً ، أَوْ كَافِرٍ في خُطَطِنَا . ولا تَرْتِيبَ في الطَّلَبِ[3] ، ولا فَضْلَ بِتَعَدّدِ السَّبب وكَثْرتِهِ ، بل بِخُصُوصِهِ ، ويَجِب بِالْبَيع ، وتُسْتَحق بالطَّلَبِ ، وتُمَلّك بِالْحُكْمْ أَوْ التَّسْلِيم طَوْعاً .

قوله : « كتاب الشفعة فصل يجب في كل عين » .

أقول : قد حكى الإجماع على مشروعية الشفعة كثير من المحققين فخلاف أبي بكر الأصم لا ينبغي الاعتداد به ولا الالتفات إليه ، فإنه كما هو مخالف للإجماع من المسلمين هو أيضاً مخالف لما تواتر من السنة ، وأراد المصنف بقوله في كل عين إخراج الشفعة في المنافع فإنها إنما تكون تبعا لملك الأعيان وإذا وقع تصييرها إلى الغير بإجارة أو نحوها فهي باقية في ملك مالكها ، والشفعة إنما هي فيما خرج من مالك إلى مالك خروجا تاما ، فالعجب ممن أثبتها في الإجارة[4] ونحوها وأدخلها تحت عموم أدلة الشفعة زاعما بأن ذلك هو الحق وتبعه من تبعه وهو خارج عن معنى الشفعة ومضمونها وفائدتها ، وأما استدلاله

(١) إن ملكت أسباب الشفعة بفاسد صحت الشفعة ولم يضر كون العقد فاسداً . شرح الأزهار ٣/٢١١ .

(٢) إذا فسخ هذا السبب الذي ملكه بعقد فاسد ... فإن الشفعة لا تبطل ولو فسخ بحكم بعد أن شفع به إذا وقع الفسخ بعد الحكم بها . المصدر السابق .

(٣) المستحقون للشفعة إذا كانوا مترتبين في الاستحقاق على الترتيب الذي ذكره المصنف فإن طلبهم للشفعة لا ترتيب فيه . المصدر السابق .

(٤) تراجع بعض أقوال علماء المذهب في مختصر ابن مفتاح ٣/٢١٦ .

بمثل عموم قضائه [1] صلى الله عليه وآله وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم فهو عليه لا له فإن القسمة من خواص الأعيان لا منافعها ، فلا معنى لقسمتها لأنها متعلقة بالعين تابعة لها ولهذا يقول صلى الله عليه وآله وسلم في تمام هذا الحديث « فَإِذَا وَقَعَتْ الْحُدُودُ وصُرِفَتْ الطُّرُقُ فَلاَ شُفْعَةَ » فأي حدود بمجرد الحقوق وأي تصريف لطرقها وفي حديث آخر وفي الصحيح [2] بلفظ « أَنَّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم قَضَى بِالشُّفعَةِ في كُلِّ شَرِكَةٍ لَمْ تُقْسَمْ رَبْعَةٍ أَوْ حَائِط » وبهذا تعرف أن أطلاق الشيء كما في حديث [3] « الشُّفْعَةُ في كُلِّ شَيْءٍ » مقيد بالشيء الذي ينتقل من ملك إلى مـلـك ، ويمكن قسمته وضرب الحدود له ، وتصريف الطرق إليه كما صرحت بذلك الأحاديث ، والحاصل أنا أَوْلاً نمنع أنها شيء ، ونمنع ثانيا ثبوت الشفعة في شيء باق على ملك مالكه بمجرد تسليطه للغير على الانتفاع به ، والقيام في مقام هذين المنعين لا ينقل عنه إلا ما ينتهض للحجية من الدليل لا مجرد المراوغة بالقال والقيل .

وأما قوله : « بعقد صحيح » فقد عرفناك أن العقود الصحيحة هي التي حصل فيها المناط الشرعي وتجردت عن المانع الشرعي ، فَمَا كان كذلك ثبت في نفسه وثبتت فيه الشفعة ، وما لم يكن كذلك لم يثبت في نفسه فضلا عن أن يثبت ما ترتب عليه ، وأما كونها بعوض مال معلوم فقد تقدم في البيع أنه لا يكون إلا كذلك والشفعة مترتبة عليه .

وأما قوله : « على أي صفة كانت » فوجهه عموم أدلة الشفعة ووجود ما علل ثبوتها

(١) يشير إلى حديث جابر عند أحمد والبخاري ... وبدايته كما في المنتقي : « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود ... » الخ .. المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٣٧٢ .

(٢) هو من حديث جابر أيضاً ... وتمامه كما في المنتقى : « ... لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإنشاء ترك ... فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به » رواه مسلم والنسائي وأبو داود .

والربع والربعة المنزل الذي يربع به الأنسان ويتوطنه ... يقال هذا ربع وهذه ربعة . المنتقى بشرح نيل الاوطار ٥/٣٧٢ . مختصر وشرح وتهذيب سنن أبي داود ٥/١٦٥ .

(٣) أورد في المحلى حديث جابر : « قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالشفعة في كل شيء » ... وحديث ابن عباس : « الشريك شفيع والشفعة في كل شيء » .. ومن طريق ابن أبي شيبة عن ابن أبي مليكة قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالشفعة في كل شيء ... الأرض والدار والجارية والخادم » . المحلى ٩/٨٤ . الجامع الصغير بشرح الفيض ٤/١٧٦ .

من دفع الضرر.

قوله : « لكل شريك مالك في الأصل الخ » .

أقول : أحاديث ثبوت الشفعة لمطلق الجار قد قيدتها الأحاديث الواردة بأن الشفعة في كل ما لم يقسم ، وأنها إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، فإفاد هذا التقييد بأنه لا شفعة للجار الملاصق الذي لا خلطة بينه وبين شريكه ، ودعوى الإدراج في قوله فإذا وقعت الحدود الخ غير مقبولة فإنها ثابتة من حديث جابر عند البخاري وغيره وقد أخرجها أبو داود وابن ماجه[1] باسناد رجاله ثقات بلفظ « إِذَا قُسِمَتْ الدَّارُ وَحُدِّدَتْ فَلاَ شُفْعَةَ » ومع هذا فأصل الحديث الثابت في الصحيحين[2] وغيرهما بلفظ « أَنَّه قَضَى رَسُول الله صلى الله عليه وآله وسلم بِالشُّفْعَةِ في كُلِّ مَا لَمْ يُقْسَم » وفي لفظ « قَضَى بِالشُّفْعَةِ في كُلِّ شَرِكَةٍ لم يُقْسَمْ » يدل على أنه لا شفعة فيما قد قسم وهذا هو معنى هذه الزيادة ، فمن أعلها بالإدراج[3] ورتب على ذلك ثبوت شفعة الجار الملاصق بعد القسمة مردود عليه بأصل الحديث ، وأما حديث « الشُّفْعَةُ في كُلِّ شَيْءٍ » على فرض ثبوته فهو مطلق مقيد بالأحاديث المصرحة بعدم القسمة ، وبأنها إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وأما حديث الشّرِيد[4] بن سُوَيد قال : « قُلْتُ يَا رسول الله أَرْضِي لَيْسَ لأَحَدٍ فِيهَا شِرْكٌ وَلاَ قِسْمٌ إلاَّ

---

(١) الحديث أخرجاه عن أبي هريرة ... ويرجع اليه في . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٣٧٢ . الصحيح بشرح الفتح ٤/٤٣٦ مختصر وشرح وتهذيب سنن أبي داود ٥/١٦٨ .

(٢) قد مر منذ قليل أن الحديث الأول رواه أحمد والبخاري ... . وأن الثاني رواه مسلم والنسائي وأبو داود .
المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٣٧٢ .

(٣) الذين قالوا بثبوت الشفعة للجار... أجابوا عن حديث جابر بما قاله أبو حاتم : ان عبارة « إذا وقعت الحدود ... الخ » مدرجة من قول جابر.

ورد عليهم مخالفوهم بأن الأصل أن كل ما ذكر في الحديث فهو منه حتى يثبت الإدراج بدليل وورود ذلك في حديث غيره مشعر بعدم الادراج . . وللشوكاني في هذا كلام طويل ونقول عن الأئمة يرجع إليه في نيل الأوطار على المنتقى ٥/٣٧٣ .

(٤) أخرج الحديث أيضاً عبد الرزاق والطيالسي والدارقطني والبيهقي ... والاضطراب الذي أشار إليه المصنف قد أوضحه في نيل الأوطار نقلا عن المعالم : قال وقد تكلم الناس في إسناد هذا الحديث واضطراب الرواة فيه فقال بعضهم عن عمرو بن الشريد بن أبي رافع ... وقال بعضهم عن أبيه عن أبي رافع ... وأرسله بعضهم .

والسقب بفتح السين المهملة ... ويقال بالصاد المهملة وبفتح القاف وإسكانها ... القرب والمجاورة . سنن النسائي ٧/٢٨٢ المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٣٧٥ . سنن ابن ماجه ٢/٨٣٤ .

الجِوَارُ فقال : الجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ مَا كَانَ » أخرجه أحمد والنسائي وابن ماجه فقد أعل بالاضطراب والإرسال وعلى كل حال فهو لا يصلح لمعارضة ما في الصحيحين وغيرهما وأما حديث[1] سَمُرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم « قال : جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ مِنْ غَيْرِهِ » أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه والبيهقي والطبراني والضِّياء فهو من طرق الحسن عن سَمُرة وفي سماعه منه المقال المتقدم على أنه مقيد بما في الصحيحين وغيرهما وبحديث جابر[2] قال قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم « الجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِهِ يُنْتَظَرُ بِهَا وإِنْ كَانَ غَائِباً إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِداً » أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذي وحسنه ومع الاشتراك في الطريق فالشركة باقية وعدم القسمة كائن ولم تصرف الطرق .

فعرفت بمجموع ما ذكرناه أن مجرد الجوار بعد القسمة وتصريف الطرق لا تثبت به الشفعة .

فالحاصل أنه لا سبب للشفعة إلا الخلطة وهي أعم من أن تكون في أرض أو دار أو طريق أو في ساقية للشرب أو في شيء من المنقولات .

وأما قوله : وإن ملكت بفاسد أو فسخ بحكم ، فقد قدمنا أنه إذا وجد ما يبطل عقد البيع بطل ما يترتب عليه وأما إذا كان قد حصل التراضي فهو المقتضى ، فإذا انضم إليه عدم المانع وهو أن لا يكون البيع من البيوع المنهي عنها فلا يضره ما يدعي أنه مفسد ولا يضره عروض التفاسخ الذي لم يكن السبب موجباً لإبطال البيع من أصله .

قوله : « لكافر على مسلم الخ » .

---

(١) المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٢٧٥ . السنن الكبرى للبيهقي ٦/١٠٦ . مختصر السنن للمنذري ٥/١٧٠ .

(٢) قال الترمذي : حسن غريب ... ولا نعلم أحداً روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر... وقد تكلم شعبة في عبد الملك بن أبي سليمان من أجل هذا الحديث ... وعبد الملك ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحداً تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث ... انتهى .

وقد نقل الشوكاني والمنذري عن أئمة الحديث أقوالا يحسن للدارس أن يرجع إليها استملاكاً للبحث ... في نيل الأوطار على المنتقى ٥/٣٧٧ ، ومختصر السنن للمنذري ٥/١٧٠ .

أقول : الكافر المعصوم الدم بالذمة الإسلامية إذا طلب شفعة له من مسلم ورافعه إلى الشريعة الإسلامية وجب علينا الحكم له كما تدل على ذلك الآيات القرآنية . ولم يثبت في السنة ما يدل على إخراج أهل الذمة من هذا الحكم الذي شرعه الله لعباده . وقد جازت المعاملة لهم بالبيع ونحوه . وإذا كان الذمي الطالب للشفعة في جزيرة العرب فلا شك أنا مأمورون بإخراجه وإخراج أمثاله منها . لكن إذا لم نفعل وقررناهم فيها كان ذلك موجهاً للحكم لهم بالشريعة الاسلامية ما داموا فيها كما يجوز البيع منهم لاتحاد البيع والشفعة في كونهما موجبين لانتقال الملك مع تحريم المضارة لهم بوجه من وجوه الضرر فلهم ما للمسلين فيما توجبه الشريعة من دفع الفاسد وجلب المصالح الا ما خصه دليل ولا يصلح لمثل هذا الاستدلال بقوله[1] ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ وقوله صلى الله عليه وآله وسلم[2] « الإِسْلام يَعْلو» فإنه ها هنا لم يكن له سبيل على المؤمنين بشريعته ، ولا من جهة نفسه بل بشريعة الإسلام ، ولم يعل لدفع الضرر عن نفسه بها وأما ثبوت التشافع في ذات بينهم فالأمر أظهر.

قوله : « ولا ترتيب في الطلب » .

أقول : إذا ترك الطلب من له حق في الشفعة وقت العلم بالبيع لظنه أن غيره أولى بها منه كان ذلك عذراً له كما سيأتي هذا على تقدير أن الطلب على الفور وأن التراخي مبطل .

وأما قوله : « ولا فصل بتعدد السبب » فصحيح لأن المراد وجود ما تستحق به الشفعة والواحد والكثير مستويان في هذا وهكذا الاعتبار بكثرته ..

وأما قوله : « بل بخصوصه » فقد عرفناك أن السبب ليس إلا الخلطة » وهي شيء واحد فلا يتم الخصوص إلا على الفور بتعدد أسباب الشفعة كما تقدم للمصنف ، ومعنى قوله ويجب بالبيع أنه يصير من له الشفعة مستحقاً للمطالبة بها ، وأما كونها تستحق بالطلب

---

(١) الآية الكريمة ١٤١ من سورة النساء .

(٢) المنتقى بشرح نيل الاوطار ٧/١٤ .

فمعناه أن الشفيع إذا طلب فذلك هو السبب في الاستحقاق فإن رضي المشتري صار المشفوع فيه ملكا له بمجرد ذلك ، ويجب عليه دفع ما دفعه من الثمن وان لم يرض مع عدم المانع الشرعي صار آثما لانه امتنع من حق واجب عليه وعلى حاكم الشرع إجباره بتسليم ما أوجبه عليه الشرع وأما كونها تملك بالحكم أو التسليم طوعا فظاهر .

فصل

وَتَبْطُلُ بِالتَّسْلِيم بَعْد الْبَيْع وإِنْ جَهِل[1] تَقَدّمَه إلاّ لأَمْر فَارْتَفَع ، أولَمْ يَقَعْ وَبِتَمْليكها الغَيْر ولو بِعِوَض ، ولا يلزم ، وبِتَرْك الحَاضِر الطَّلب في المجْلِس بلا عُذر ، قِيل وإن جَهِل استِحْقَاقَهَا ، وتأْثِيرَ التَّراخِي لاَ مِلْكَه السَّبَب[2] ، أو اتّصاله ، وَبِتَوَلِّي البَيْع لا إِمْضَائه . وبِطَلب مَنْ لَيْس له طَلَبُه ، أو المَبِيع بِغَيْرِهَا ، أَوْ بِغَيْر لَفْظ الطَّلب عَالِماً أَوْ بَعْضه وَلَوْ بِهَا (غالبا) إن اتَّحَد المُشْتَرِي وَلَو لِجَمَاعَةٍ ومِنْ جَمَاعَةٍ وبِخُروج السَّبب عَنْ ملكه باختيار قَبْل الحُكْم بها ، وبتراخِي الغَائِب مسافة ثلاث فما دون عقيبَ شَهادَةٍ مُطلقاً ، أو خبَرٍ يُثْمِر الظَّن ديناً[3] فقط عن الطَّلب والسَّير أَو البَعْثِ[4] بلا عذر مُوجِبٍ قَدْراً يُعَدُّ بِهِ مُتَرَاخِياً ، فلو أَتَمَّ نَفْلاً رَكْعَتَيْنِ أَو قَدَّم التَّسْلِيم أَوْ فَرْضاً تَضَيّق لَم تَبْطُل .

قوله : « فصل وتبطل بالتسليم بعد البيع » .

أقول : لأن ذلك حق للشفيع فإذا أبطله بطل . وأما قوله : « وإن جهل تقدمه » فغير

---

(١) تبطل الشفعة بالتسليم بعد البيع وإن جهل الشفيع أن البيع لما يقع فسلم الشفعة جاهلا تقدمه بطلب شفعته إلا أن يسلمه الشفعة لأمر بلغه ... نحو أن يبلغه أن الثمن مائة فارتفع ذلك الأمر بأن حط البائع من ذلك الثمن . شرح الأزهار ٣/٢١٦ .

(٢) إن جهل استحقاقها فترك الطلب في المجلس بطلت وتبطل إن أخرها لجهل تأثير التراخي ... أي جهل كونها على الفور ... وأنها لا تبطل بالتراخي فان شفعته تبطل عند بعض أئمة الهادوية ... أما إذا جهل ملكه السبب أو جهل اتصاله بالمبيع فترك الشفعة فإنها لا تبطل . المصدر السابق .

(٣) ديناً فقط : أي فيما بينه وبين الله تعالى لا في ظاهر الحكم .

(٤) متى تراخى الشفيع عن الطلب بلسانه والسير بنفسه أو البعث برسول عقيب أن يبلغه خبر الشراء بطلت شفعته ...
شرح الأزهار ٣/٢٢٣ .

مسلم لأنه لا بد أن يعلم ثبوت الحق له ثم يبطله ، وأما قبل [أن] يعلم بتقدم العقد فيمكن أنه أبطله لعلمه أنه لا يبطل بإبطاله قبل المَبِيْع فهو من جملة ما يصدق عليه قوله إلا لأمر فارتفع ، فإنه أبطله لظنه أمراً ، وهو عدم تقدم العقد فارتفع بانكشاف تقدم العقد والوجه فيه أنه أسقط لظنه أمراً[1] فانكشف خلافه فلا تطيب نفسه بذلك الإسقاط . والحق له حكم الملك في أنه لا يحل للغير إلا بطيبة من نفس من هو له . والكل يصدق عليه اسم المال ، والفرق إنما هو مجرد اصطلاح للفقهاء ، وهكذا إذا ظن وقوع أمر فانكشف أنه لم يقع فإنه كظنه الامر الذي ارتفع .

وأما قوله : « وتمليكها الغير » الخ .. فغير مسلم فإنه لم يرض بإسقاط حق نفسه إلا بشرط هو مصيرهُ إلى من ملكه فإذا لم يصر إليه فهو على حجته ، وأما تعليل هذا التمليك لكونه نوعا من التراخي فسيأتي الكلام على التراخي ، وأما كون العرض لا يلزم فغير صحيح لأنه مال أمريء مسلم طابت به نفسه ، فحل لمن صار إليه مع تراضيهما على ذلك . وكان تجارة عن تراض .

قوله : « ويترك الحاضر الطلب في المجلس بلا عذر » .

أقول : قد ثبت في السنة المطهرة بالأحاديث الصحيحة أن الشفعة حق ثابت لمن له سبب يستحقها به ، فمن زعم أنه يشترط فيها الفور ، وأن التراخي يبطلها ، فعليه الدليل فإن جاء به صافيا عن شرب الكدر فبها ونعمت ، وإن عجز عن ذلك كان الحق الثابت بالدليل الصحيح باقيا غير باطل بترك الفور وحصول التراخي ، ولم يأت المدعي للبطلان بشيء يصلح للتمسك به أصلا فإن حديث[2] « الشُفْعَة كَحَلِّ العِقَالِ » قد قال ابن حبان لا

---

(١) يريد لأنه ظن أمراً غير واقع واقعاً فانكشف خلافه .

(٢) الحديث أورده في نيل الأوطار مشيراً إلى أنه حديث ابن عمر عند ابن ماجه والبزار بلفظ : « لا شفعة لغائب . ولا لصغير . والشفعة كحل العقال » ... وفي إسناده محمد بن عبد الرحمن بن البيلمان وله مناكير كثيرة ... وكل ما نقله الذهبي عنه في الميزان لا يشهد له بخير... وذكر من مناكيره هذا الحديث وحكى عن ابن عدي قوله : كل ما يرويه ابن البيلمان فإن البلاء فيه منه .

وقد روى ابن حزم هذا الحديث أيضاً عن ابن عمر بلفظ : « الشفعة كحل العقال فإن قيدها مكانه ثبت حقه ... وإلا فاللوم عليه » ... وذكره عبد الحق عن ابن حزم في الأحكام . وتعقبه ابن القطان بأنه لم يروه في المحلى . ولعله في غير المحلى .

نيل الأوطار على المنتقي ٥/٣٧٨ . الميزان للذهبي ٣/٦١٧ .

أصل له ، وقال أبو زرعة : منكر وقال البيهقي : ليس بثابت ، وأما الاستشهاد له[1] بحديث « الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا » فهذا إنما رواه من لا معرفة له بعلم الرواية من الفقهاء كأبي الطيب الطبري وابن الصباغ صاحب الشامل في الفقه والماوردي ، وهؤلاء ليسوا من رجال الرواية ولا يرجع إلى مثلهم في ذلك ، فليس هذا بحديث لا صحيح ولا حسن ولا ضعيف ولا هو في كتاب حَدّثني ، فمن اغتر به وزعم أنه يشهد للحديث الأول ويفيد أن لهما أصلا في الجملة فقد أخطأ فإن الحديث الأول منكر غير ثابت وإن أخرجه ابن ماجه ، ففي كتابه السنن الكثير من أمثاله ، وأما الآخر فليس بحديث ، ومما يؤيد ما ذكرناه ما تقدم في حديث جابر بلفظ « ينتظر بها وإن كان غائباً » وهو حديث حسن كما تقدم .

وإذا تقرر لك هذا عرفت أن من تراخى جاهلاً لاستحقاقها ، أو يكون تراخيه مؤثراً للبطلان لا تبطل شفعته بالأولى ، فإنها إذا لم تبطل بالتراخي لغير عذر كان عدم بطلانها بالتراخي بعذر مثل هذا من باب فحوى الخطاب .

وأما قوله : « لا ملك السبب واتصاله » فتكرير لقوله إلا لأمر فارتفع أو لم يقع فإن هذين قد أفادهما ذاك .

وأما قوله : « وتولى البيع » الخ فمبني على ما تقدم من بطلانها بالتراخي ، وقد عرفت ما فيه فلا فرق بين تولي البيع وبين إمضائه ، وقد أكثروا من التعسفات في إبطال هذا الحق الثابت بالشرع ، كقوله ويطلب من ليس له طلبه أو المبيع بغيرها أو بغير لفظ الطلب ، فإن جعل هذه المبطلات للشفعة مجرد دعاوي لم تعضد ببرهان ، ولا دل عليها نقل ولا عقل ، ومجرد قولهم إن الاشتغال بذلك مع العلم تراخ فنقول لهم هذا الأصل الذي بَنَيْتُم عليه هذه القناطر قد هدمناه وأرحناكم من التعب في تقويمه ، وهكذا قوله أو بعضه ولو بها إلى آخر البحث فإنه مبني على ذلك الأصل المهدوم .

---

(١) الحديث أخرجه عبد الرزاق من قول شريح وذكره قاسم بن ثابت في دلائله ورواه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والماوردي بلا إسناد .. نيل الأوطار على المنتقى ٣/٣٧٨ .

قوله : « وبخروج السبب عن ملكه الخ » .

أقول : وجه ذلك أنه رضي بإبطال شفعته بإخراج ما هو سبب لثبوتها عن ملكه قبل مصيرها إليه فبطلت . وأما قوله : « وبتراخي الغائب » الخ فلا وجه لهذا التحديد وقد تقدم في حديث جابر بلفظ « ينتظر بها وإن كان غائباً » وظاهره أنه ينتظر سواء طالت المدة أو قصرت وسواء كان في مسافة ثلاث أو أكثر وكلام المصنف هذا وما بعده إلى آخر الفصل مبني على أن الشفعة تبطل بالتراخي ، وقد عرفت ما فيه فلا نطيل الكلام في غير طائل .

فصل

وَلاَ تَبْطُل بِمَوت المُشْتَرِي مُطْلَقاً ، ولاَ الشَّفِيع بَعْدَ الطَّلَبِ ، أَو قَبْل العِلْمِ ، أو التَّمَكُّنِ ، ولا بِتَفْرِيط الوَلِيّ ، والرَّسُولِ ، ولا بالتَّقَايُلِ مُطْلَقاً[1] ، ولا بِالْفَسْخ بَعْدَ الطَّلَبِ ، ويَمْتَنِعَانِ[2] بَعْدَهُ ، ولاَ بِالشِّرَاء لِنَفْسِه ، أو لِلْغَيْر وَيَطْلُبُ نَفْسَهُ وَلاَ يُسلّم إلَيْهَا[3] .

قوله : « فصل : ولا تبطل بموت المشتري مطلقاً » .

أقول : لأن الحق للشفيع قد ثبت بنفس البيع فموت المشتري لا يؤثر في بطلان حق شرعي ، وأما قوله : « ولا الشفيع بعد الطلب فالظاهر أنه الشفعة لا تبطل بموت الشفيع مطلقا من غير فرق بين قبل الطلب وبعده ، لأنه حق يُورث عنه كما تورث سائر الحقوق ، ودفع الضرر غير مختص لمن كان موجوداً عند الشراء لأن وارثه يتضرر كما يتضرر ، وإذا مات الشفيع قبل أن يعلم بالبيع أو قبل أن يتمكن من الطلب فلوارثه ما كان له وهكذا

(١) لا تبطل الشفعة بالتقائل بين البائع والمشتري مطلقاً أي أن يقيل أحدهما الآخر سواء تقايلا قبل الطلب أو بعده . شرح الأزهار ٣/٢٢٥ .

(٢) ويمتنعان بعده : أي أن الإقالة والفسخ يمتنعان بعد طلب الشفعة . المصدر السابق .

(٣) إذا اشترى للغير ما له فيه شفعة وجب أن يطلب نفسه ويشهد على الطلب وليس له أن يسلم نفسه ... وإنما يملك المشفوع فيه بالحكم أو تسليم الموكل . المصدر السابق ٣/٢٢٧ .

لو مات بعد العلم ، أو بعد التمكن من الطلب ؛ كما قدمنا لك من عدم اشتراط الفور في الطلب ، وأما كونها لا تبطل بتفريط الولي والرسول فلكون صدور ذلك من جهة أنفسهما ، وهما إنما أمرا بإيقاع الطلب فلا يبطل بتفريطهما ما هو حق لغيرهما .

قوله : « ولا بالتقائل مطلقاً » .

أقول : إذا أقَالَ المشتري البائع رجع المبيع له وكأن البيع لم يكن وهكذا إذا أقال البائع المشتري أَوْ أَقَالَ كل واحد منهما الآخر ، فلم يتم البيع تماماً شرعيا ، فلا وجه لما قاله المصنف ، وهكذا لا وجه لما تقدم له من أن الإقالة بيع في حق الشفيع ، وهكذا لا وجه لقوله ولا بالفسخ بعد الطلب لأنه بفسخ قد عاد على أصل البيع الذي هو سبب استحقاق الشفعة بالبطلان ، وهكذا لا وجه لقوله ويمنعان بعده .

والحاصل أن هذه تفريعات على أصول منهارة ، وأما كونها لا تبطل بالشراء لنفسه فلعدم ورود ما يدل على أن ذلك مبطل لحقه من الشفعة إذا قام يشفع غيره ممن له استحقاق لها ، وهكذا لا تبطل بالشراء لغيره ولكن لا بد عند من يوجب الفور أن يطلب نفسه كما قال المصنف وأما كونه لا يسلم إليها فلأنه مأمور بإدخال المبيع في ملك موكله لا بإخراجه عن ملك فإن ذلك لا يقتضيه التوكيل .

فصل

وَلِلْمُشْتَرِي قَبْلَ الطَّلَبِ الانْتِفَاعُ ، والإتْلاَفُ لا بَعْدَهُ ، لكن لا ضَمَانَ لِلْقِيمَةِ وَلَوْ أَتْلَفَ ، ولاَ أُجْرَةَ[1] وإن استَعْمَلَ إلاَّ بَعْدَ الحُكْمِ أو التَّسْلِيم باللفْظِ ، ولِلشَّفِيعِ الرَّد بمثِلِ مَا يَرُدّ به المُشْتَرِي إلا الشَّرْط ونَقْضَ مُقَاسَمِته[2] ، ووقْفَه ، وعِتْقَه ، واستِيلادَه ، وبَيْعه ،

(١) المشتري إن كان غاصباً بالتصرف بعد الطلب لا ضمان عليه للقيمة ولو أتلف المبيع ولا أجرة عليه . شرح الأزهار ٣/٢٢٨ .

(٢) لا يثبت للشفيع خيار الشرط لكنه إذا شرطه لنفسه بطلت شفعته وإذا جاء الشفيع وقد قاسم المشتري فله نقض مقاسمته .. سواء كانت بحكم أم بغير حكم . المصدر السابق .

فَإنْ تُنُوسِخَ شَفَعَ بمدفوع مَنْ شاء فإنْ أَطْلَق فبالأَوَّل[1] ويَرُدُّ ذُو الأَكْثَرِ لِذِي الأَقل ، وعليه مِثلُ الثَّمن النَّقد المَدْفوع قَدْراً وصِفَةً ، ومِثْل المِثْليّ جِنْساً وصِفه فإن جُهِل أَوْ عُدِم بَطَلَتْ فَيُتْلِفُ المُشْتَرِي أَوْ يَنْتَفِع[2] حتى يُوجد ، وقيمَةُ القِيميّ وتَعْجِيل المُؤَجَّل ، وَغَرامةُ زِيَادَة فَعَلَهَا المشتَرِي قبل الطَّلبِ للنَّماء لا لِلبقاء ، وقِيمة غَرْسه وَبِنَائِهِ ، وزَرْعه قائما لابَقَاء لَه إنْ تَركه أو أَرْش نُقْصانِها إن رَفَعَه أو بقاء الزرع بالأجرة وله الفوائد الأَصلية إن حُكِمَ له ، وهي متّصلة لا مُنفصلة ، فللمشتري إلا مع الخَليط لكن يحطّ بحصَّتِها من الثمن إن شملها العقد وكذا في كل ما نقص بفعله أو فعل غيره وقد اعتاض .

قوله : « فصل : وللمشتري قبل الطلب الانتفاع والاتلاف لا بعده » .

أقول : هذا صحيح لأنه مالك تصرف في ملكه قبل أن يتعلق به حق للغير ، وبعد الطلب قد تعلق به حق للشفيع فلا يجوز له إبطاله بالتصرف .

وأما قوله : « لكن لا ضمان للقيمة وان أتلف » فوجهه أنه أتلف ملكه وإن عصى بتفويت الحق على الشفيع وهكذا لا وجه للزوم الأجرة له إذا استعمل المبيع ، لأنه استعمل ملكه قبل أن يخرج عنه ، وإنما يضمن القيمة وتلزمه أجرة الاستعمال إذا أتلف أو استعمله بعد أن انتقل إلى ملك الشفيع بحكم أو بالتراضي ، وهذا كله من تكثير الكلام بما لا تدعو اليه حاجة ولا يعترض دونه إشكال .

قوله : « وللشفيع الرد بمثل ما يرد به المشتري » .

أقول : هذا صحيح لأن المبيع انتقل إليه بحكم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، فله أن يرده على مشتريه بما أثبته له لشرع ، ولا ينافي ذلك كونه يأخذه من يد مشتريه ،

---

(١) له نقض بيعه وجميع تصرفاته فإن تنوسخ بأن باعه المشتري من غيره ثم باعه ذلك الغير... واختلفت الأثمان أو اتفقت ثم جاء الشفيع شفع بمدفوع من شاء فإن أطلق ... أي لم يذكر الثمن الذي شفع به ... بل طلب الشفعة فقط فإنه يحكم عليه بالثمن الأول ... المصدر السابق .

(٢) يتلف المشتري المبيع أو ينتفع به .

وإن كره انتقاله إليه لأن مثل هذا ليس بمانع شرعي لما سوّغه الشرع ، ولا فرق بين سبب وسبب من أسباب الرد المتقدمة ، ولا مانع من أن يجعل لنفسه خيار الشرط في هذا الأمر الذي أثبته له الشرع ، فيقول للمشتري إن رغبت في انتقال هذا المبيع إليّ بحق الشفعة في مدة كذا وكذا وإلا فهو رد عليك ، وليس للمشتري أن يمتنع من قبول هذا الشرط ، وهذا ونحوه وإن أبته المُقَلِّدةُ فهو لا يأباه من وَفَّى الاجتهادَ حقَّه .

وأما قوله « ويقضى مقاسمته » الخ فوجهه أن إيقاع المشتري لهذه الأمور لا تبطل الحق الثابت في تلك العين للشفيع ، لأنها مسبوقة بحقة الذي أثبته له الشرع ، وموقوفة على إبطاله أو بطلانه بمقتض للبطلان .

قوله : « فإن تُنُوسِخ شفع بمدفوع من شاء » .

أقول : الشفعة وجد سببها بالعقد الأول ، فإذا انضم إليه الطلب ، وبذل ما دفعه المشتري من الثمن فلا حكم للعقود التي ترتبت على هذا العقد الذي كان هو السبب للشفعة بل تبطل كلها ، ويتراجع أهلها بما دفعوه من الأثمان سواء زادت على ما دفعه المشتري الأول أو نقصت عنه ، فإن قلت إن حق الشفيع يثبت بكل واحد منها على حد ثبوته بالعقد الأول فما المانع للشفيع من أن يشفع ما شاء منها ؟ قلت : إذا كان حق الشفيع ثابت في العقد الأول فلا يصح ما ترتب عليه ، ولا يشفع إلا به ، وإن كان قد أبطل شفعته فيه أو بطلت بمبطل شرعي كان العقد الثاني بمنزلة عقد أول فليس له أن يشفع إلا به لا بما ترتب عليه ثم هكذا الكلام في بقية العقود ، وأما الحكم لجميعها بالصحة وتفويض الشفيع إلى ما يقترحه ويريده فخارج عن مسلك العدل والعقل ، فإنه يؤدي إلى تغريم بعض البائعين بعد أن باع ملكه بيعاً أذن الله له به ، وأحل له ما قبضه من الثمن بمجرد هذا التشهي المجعول للشفيع خبطاً وجزافاً .

وأما كون عليه مثل الثمن فعلوم لا تدعو إليه حاجة .

وأما كونها تبطل مع جهل الثمن أو عدمه ، فإن استمر ذلك ولم يتبين القدر أو لم يوجد فوجه البطلان أن المشتري لا يجب عليه إخراج المبيع من ملكه إلى ملك الشفيع إلا بالثمن

الذي دفعه ، والمفروض أنه قد طرأ ما أوجب جهالته ، أو تعذر وجوده ، فلا يجوز أن يكلف بإخراجه من ملكه لأنه هجوم على ما لا عدل فيه والعدول إلى القيمة قد يكون مخالفاً لغرض مالكه ، فالشفيع مخيّر بين أن يدفع له بما يرضى به حتى يكون ذلك تجارة عن تراض أو يدع الشفعة .

وأما قوله : « وتعجيل المؤجل » فلا وجه له لأنه صار إليه البيع بالحق الثابت له بالشرع ، فلا يلزمه إلا ما لزم المشتري ، ولا يجب عليه دفع الثمن إلا في الوقت الذي يجب على المشتري دفعه فيه .

قوله : « وغرامة وزيادة الخ » .

أقول : ما غرمه المشتري في المبيع مما يحصل به زيادة فيه من حرث أو غرس أو بناء ونحوها كان له الرجوع بقيمة ذلك على الشفيع لأنه فعله في ملكه قبل أن يستحق عليه بالشفعة ، وأما بعد أن يعلم أن الشفيع قد صار مطالباً بالشفعة مضيقاً في مصير المبيع إليه ، فليس له أن يفعل فيه شيئاً إلا بإذن الشفيع فإن فعل بغير إذنه والحال هكذا كان له رفع ما يمكن رفعه ، ولا يرجع بما لا يمكن رفعه وللمشتري الفوائد الحادثة في المبيع بعد البيع قبل طلب الشفيع سواء كانت أصلية أو فرعية لأنها فوائد ملكه ، فإن اختلط بما كان منها موجوداً قبل البيع كان له بقدر ما حدث بعد البيع قبل الطلب ، وإذا حصل في المبيع نقص بعد البيع قبل طلب الشفيع فإن كان بفعل المشتري أو تفريطه كان مضموناً عليه للشفيع ، وإن كان لا بِفِعْله ولا تفريطه فليس عليه ، وذلك كرخص السعر ، والهزال بلا سبب ، والآفات السماوية ، والأمر الغالب من غيرها ، والحاصل أن المشتري لا يضمن إلا ما كان بجنايته أو تفريطه ، فإن كانت بجنايَةِ الغير على المبيع رجع عليه الشفيع بما قبضه من الجاني إن كان قد قبض الأرش منه وإلا كان للشفيع مطالبة الجاني بأرش جنايته ، هكذا ينبغي أن يقال في الزيادة والنقص .

فصل

وإنّما يُؤخذ المَبيع قَسْراً بعد الحُكم ، فهو كالأمانةِ ، أو التَّسْلِيمِ وَالقَبولِ باللَّفْظِ ، فهو كالمبيع[1] فيُؤخذُ مِنْ حَيْث وُجد ، ويُسلمه مَنْ هو في يَدِهِ ، وإلا فَغَصْبٌ إلّا لِقَبْضِ الثَّمن ، ولو بَائِعاً مُسْتَوفِياً[2] ، وهي هنا نَقْلٌ في الأَصح ، ويُحْكم للمُوسِر ، ولو في غيبة المشتري ، ويُمّهل عشراً ، ولا تبطل بالمَطْل إلا لشرط ، وللمُلْتَبِس مَشْروطاً بالوَفَاء لأَجلٍ مَعْلومٍ ، وللحاضِر في غَيْبة الأَوْلَى ، ومتى حضر حُكم لَهُ ، وهو معه كالمشتري مع الشَّفيع ، وللوكيل وإن طلب المشتري يَمِينَ الموكّل الغَائِبِ في نَفْي التَّسْليم أو التَّقْصِير لا للمُعْسِر ، وإن تغيّب حتى أَيْسر ، والحطّ وَالابْراء والإحلال من البعض قبل القبض يلحق العقد لا بعده ، ولا الهِبَة ونَحْوها مُطْلَقاً[3] ، والقولُ لِلمُشْتَري في قَدْرِ الثَّمن وجِنْسه ، ونَفْي السَّبَبِ ومِلْكِه ، والعُذْر في التَّرَاخِي ، والحَطّ وكونه قَبْل القَبْض ، ولِلشَّفِيع في قِيمةِ الثَّمنِ العَرَضِ التَّالِفِ ونَفْي الصَّفْقَتَين بعدَ اشْتَريتُهما[4] وإذا تداعيا الشّفعة حُكم للمُبَيِّن ، ثم الأولِ ، ثم المُؤرخِ ، ثم تَبْطل .

قوله : « فصل وإنما يؤخذ المبيع قسراً الخ » .

أقول : إذا وقع الطلب من الشفيع وصح سببه الذي يستحق به الشفعة ، وبذل تسليم الثمن كان على المشتري تسليم المبيع إليه فإن أبى لا لموجب شرعي كان غاصباً ، وإذا تلف تلف من ملكه وإن لم يحصل منه الامتناع من التسليم بل هو باذل لتسليمه . ومنع من التعجيل مانع معقول فقد صار في ملك الشفيع ويتلف من ملكه .

وأما قولـه : « وهي نقل في الأصح » فلا يخفاك أن الشفعة حق للشفيع ثبت بالشرع

---

(١) كالمبيع قبل التسليم .

(٢) لو كان الذي في يده المبيع بائعاً مستوفياً للثمن فإن له حبس المبيع من الشفيع حتى يسلم الثمن . شرح الأزهار ٣/٢٣٩

(٣) إذا وقع الحط أو نحوه بعد القبض فإنه لا يلحق ولو كان الحط بلفظ الهبة ونحوها لم يلحق في حق الشفيع مطلقاً سواء كان قبل القبض أو بعده . المصدر السابق .

(٤) المقصود بعد قول المشتري : اشتريتهما .

فصيره إليه هو بما أوجبه الشرع على المشتري من قبول حكم الله عليه فهذا هو الذي أوجب الملك للشفيع ونزعه من يد البائع وأما التعبير بكونه نقلاً وفسخاً فاصطلاح متجدد لا يحل أن يترتب عليه شيء من أحكام الشرع .

وأما قوله : « ويحكم للموسر » الخ فصحيح ، لأنه إذا رافع من له هذا الحق الشرعي إلى حاكم الشرع وجب عليه أيضاً له به كما يحكم على الغائب في سائر ما يجب عليه التخلص منه .

وأما ما ذكره من أنه يمهل عشراً فهذا ليس عليه دليل ، ولا هو رأي مستقيم . والذي ينبغي أن يقال إنه يمهله إن كان يحتاج في تحصيل الثمن إلى بيع من أملاكه أو نحو ذلك مدة يتمكن فيها من ذلك سواء كانت أقل من العشر أو أكثر ولا تبطل شفعته إن مطل زيادة على المدة المجعولة له ، ومجرد الشرط لا يسقط حقه الثابت بالشرع إلا أن يرضى بذلك لنفسه ، وإلا فهو شرط مخالف ما يقتضيه الشرع ، لكنه إذا عرف منه تعمد المطل ومضارة المشتري بعدم تسليم الثمن أجبره الحاكم على التسليم إلا أن يختار ترك الشفعة .

وأما قوله وللملتبس مشروطاً بالوفاءفلا يحتاج إلى هذا الشرط ، لأنه مشروط من جهة الشرع أن يدفع الشفيع مثلما دفعه المشتري فإن لم يفعل فلا شفعة .

وأما قوله : « ويحكم للحاضر الخ » فصحيح لأنه طالب بحق له أثبته الشرع لوجود سببه ، والاعتبار بالإنتهاء إذا كان ثم شفيع أحق منه بالشفعة . وهكذا يحكم لوكيل الشفيع إن وجد السبب المقتضي لذلك .

قوله : « لا للمعسر وإن تغيب حتى أيسر » .

أقول : هذا هو الحق الثابت بالشرع إذ لا بد أن يكون الشفيع متمكناً من تسليم مثل الثمن ، ولا يشترط في هذا أن يكون متمكناً منه في ملكه بل إذا تمكن منه بالقرض ثبتت شفعته ، ولو كان فقيراً لا يملك شيئاً لأنه قد حصل المقصود بُردمثل الثمن ، ولا يجب غير ذلك .

وأما الحكم ببطلانها بمجرد الإعسار فدفع للشرع بالصدر بغير برهان .

وأما كون الحط والإبراء والإحلال من البعض يلحق العقد قبل القبض فصحيح . لأنه لا يجب على الشفيع أن يدفع إلا [ما] دفعه المشتري .

وأما بعد القبض فوجهه أنه قد يكون ذلك بمقصد خارج عن التبايع من مكارمة أو صداقة أو نحوهما ، والظاهر أن ما كان راجعاً إلى ذلك العقد الواقع بينهما فهو لا حق له . وكونه بمقصد آخر خلاف الظاهر لأن كونه مضافاً إلى ثمن المبيع يوجب للشفيع مثلما وقع للمشتري إلا أن يتقرر ببرهان شرعي أن ذلك كان لسبب آخر فله حكمه .

وأما الهبة ونحوها فلا مانع منها إذا كانت لمقصد صحيح ، لا لمجرد الحيلة على الشفيع . والفرق بين ما كان بلفظ الهبة ولفظ الحط ونحوه لا يخفى أنه مجرد ملاحظة للألفاظ التي لا اعتبار بها في الشرع كما عرفناك غير مرة ، فينبغي في الجميع الرجوع إلى ما يقتضيه الظاهر وتوجبه المقاصد .

قوله : « والقول للمشتري في قدر الثمن وجنسه » .

أقول : ينبغي أن يكون القول قول النافي للزيادة في القدر والنافي لكون الجنس أعلى وأكثر قيمة والبينة على مدعي الأمرين ، وأما الجزم بأن القول للمشتري فيهما مطلقاً فخلاف الصواب ، بل خلاف قواعدهم المألوفة في غير هذا الباب ، ومعلوم أن الشفيع لا يقع منه إنكار أصل الثمن ، ولا إنكار كونه على جنس من الأجناس إنما يقع منه إنكار الزيادة والنفاسة ونحوهما .

وأما كون القول قوله في نفي السبب فصحيح ، لأن الأصل عدمه ، وهكذا القول له في إنكار اتصاله بالمبيع أي كونه سبباً يصح له التشافع على ما قدمنا تقريره ، وهكذا القول له في نفي الحط لا الأصل عدمه وسواء كان المشتري يدعي أنه قبل القبض أو بعده .
وأما قوله : « وللشفيع في قيمة الثمن العَرَضُ التألف فلا يخفاك أنه ليس أحدهما أولى من الآخر لكون القول قوله فيكون فيه كما قدمنا في قدر الثمن وجنسه .

وأما كون القول قول الشفيع في نَفي الصفقتين فظاهر ، لأن الأصل عدم كون البيع وقع دفعات ولا فرق بين أن يكون المشتري قد قال اشتريتهما أم لا .

وأما قوله : « وإذا تداعيا الشفعة حكم للمبين فظاهر » .

وأما قوله : « ثم الأول فلا وجه له بعد وقوع التخاصم » .

وأما قوله : « ثم للمؤرخ » فلا وجه له بل ينبغي أن يقال إن كل واحد منهما مدع ومدعي عليه ، فإذا لم توجد البينة حلف كل واحد منهما على نفي دعوى الآخر ، فيكون ثبوت كل واحد منهما على ما تحت يده بهذه الطريقة لا بمجرد الحكم بالبطلان بادىء بدء .

كتاب الإجارة

فصل

تَصِحّ فيما يُمكن الانْتِفَاعُ به مع بَقَاءِ عَيْنه ونَمَاء أصله ، ولو مشاعاً ، وفي مَنْفَعةٍ مَقْدُورة للأَجير غَيْر وَاجِبَةٍ عليه[1] ، ولا مَحْظُورَة ، وشَرْط كُلّ مُؤَجِّر ولَايَتُه ، وتَعْيينُهُ . ومُدَّتُه[2] ، أو ما في حُكمها ، وأَوّل مُطْلَقها وَقْتَ العَقْدِ ، وأجرته وتَصِحّ مَنْفَعَةً[3] . وما يَصِحّ ثَمَناً ، وَمَنْفَعته إن اخْتَلَفَتْ ، وضَرَرُهَا[4] . ويجوز فِعْل الأَقلّ ضررًا وإنْ عَيّن غَيْرَه . ويدخُلها الخِيَار والتَّخْيير والتَّعْلِيقُ والتَّضْمِينُ (غَالِبًا)[5] ويَجبُ الرّد والتَّخْلية فَوْراً وإلّا ضَمِنَ هو وأُجْرة مِثْله ، وإن لم يَنْتفع إلا لعذر ومؤنهما[6] ومُدّة التَّخْلية عليه لا الإِنْفَاق

قوله : « كتاب الإجارة فصل تصح فيما يمكن الانتفاع به » .

أقول : ثبوت الإجارات في هذه الشريعة قطعي لا يكاد ينكر أصل الجواز والصحة إلا من لا يعرف[7] الكتاب والسنة ولا يعرف ما كان الأمر عليه في أيام النبوة ، وأيام الصحابة .

---

(١) مثلوا للواجبة عليه بالجهاد والأذان وتعليم القرآن . شرح الأزهار ٣/٢٥١ .

(٢) من شروط صحة الإجارة ... صحة ولاية المؤجر من المؤجر إما بملك أو غيره وتعيين العين المؤجرة وتعيين مدة التأجير . المصدر السابق .

(٣) يصح أن تكون الأجرة منفعة .

(٤) إن اختلفت منافعه واختلف ضررها .

(٥) الخيار هو خيار الرؤية ... والعيب والشرط والتخيير في الأعمال أو في الأجرة والتعليق على شرط من الشروط ... والتضمين للعين المؤجرة فيضمنها ولو كانت بغير تفريط ... واحترز بقوله غالباً من تضمين ما ينقص بالاستعمال . المصدر السابق .

(٦) مؤنهما : أي مؤن الحمل والتخلية .

(٧) يرد بهذا على من خالف في جواز الإجارة ... وقد أشار إليهم في شرح ابن مفتاح ... وذكروا في الحواشي أن المقصود بهم الأصم . وابن علية . والنهرواني . والقاساني من أصحاب داود الظاهري وابن كيسان ... ثم أوضح المقصود بالمخالفة بأنهم يقولون بعدم الجواز وإنما يخالفون في كونها غير لازمة ... فلكل من المؤجر والمستأجر الفسخ . مختصر شرح ابن مفتاح ٣/٢٤٨

وقد أجّر النبي صلى الله عليه وآله وسلم نفسه كما في البخاري [1] وغيره من حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : « ما بَعَثَ اللهُ نَبِيًّا إِلَّا رَعَى الْغَنَمَ فقال أَصْحَابُه : وأَنْتَ ؟ قال : نَعَمْ كُنْتُ أَرْعَاهَا عَلَى قَرَارِيطَ لِأَهْلِ مَكَّةَ » وثبت عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه استأجر كما في صحيح البخاري [2] وغيره من حديث عائشة « أنه صلى الله عليه وآله وسلم اسْتَأْجَرَ رَجُلاً مِنْ بَنِي الدِّيلِ هَادِياً خِرِّيتاً » الحديث المذكور في وصف هجرته صلى الله عليه وآله وسلم وقد كان أكابر الصحابة يُؤجرون أنفسهم في الأسواق وغيرها وهذا معلوم لا يشك فيه أحد .

وأما المتكلم في لزوم عقدها فمن فضول الكلام الذي لا يدعو إليه حاجة لأن الأجير إن يراد الأجرة فلا يستحقها إلا بالوفاء بما تراضيا عليه وإن رغب عن الأجرة فلا يلزمه الوفاء ولهذا يقول شعيب عليه السلام لموسى عليه السلام [3] : ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْراً فَمِنْ عِنْدِكَ﴾ فذكر له القدر الذي يستحق به أن ينكحه إحدى ابنتيه ثم ذكر له الزيادة على جهة المكارمة والتفضل فمعلوم أنه لا يلزم موسى عليه السلام الدخول في هذا العقد ابتداء ، ثم لو رغب عن الأجرة واختار الترك في وسط المدة لم يكن عليه التمام شاء أم أبى وهكذا سائر الإجارات فلزوم عقدها هو من هذه الحيثية . وهو مفوض إلى الأجير إن شاء مضى فيه واستحق الأجرة وإن شاء تركه وترك المطالبة بالأجرة .

---

(١) الحديث رواه أيضاً أحمد وابن ماجه ... وفي رواية ابن ماجه : « كنت أرعاها لأهل مكة بالقراريط » ... وقد نقل صاحب المنتقي تعليقا على حديث البخاري قول سويد ابن سعيد في تفسير القراريط : يعني كل شاة بقيراط ... وقول إبراهيم الحربي قراريط اسم موضع .

وللمحدثين كلام في هذين الاتجاهين يرجع إليه وإلى الحديث في : الصحيح بشرح الفتح ٤/٤٤١ وفي المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣١٧ .

(٢) لفظ الحديث كما في المنتقي قالت : « واستأجر النبي صلى الله عليه وآله وسلم وأبو بكر رجلا من بني الديل هاديا خريتا ... والخريت الماهر بالهداية وهو على دين كفار قريش ... وأمناه فدفعا إليه راحلتيهما ووعداه غار ثور بعد ثلاث ليال ... فأتاهما براحلتيهما صبيحة ليال ثلاث فارتحلا » . رواه أحمد أيضا . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٣١٦ . الصحيح بشرح الفتح ٤/٤٤٣

(٣) جزء من الآية الكريمة ٢٧ من سورة القصص .

وأما اشتراط كون الإجارة فيما يمكن الانتفاع به فلا بد من ذلك . وإلا كان البحث خارجاً عن الإجارة .

وأما قوله : « ونماء أصله » فلا يدري ما هو الموجب لهذا الاشتراط . ولا ثبت ما يمنع منه من شرع ولا عقل ، فاستئجار الشجرة للانتفاع بثمرها . واستئجار الحيوان للانتفاع بما يخرج منه من صوف ولبن جائز صحيح . ومن ادّعى خلاف هذا فعليه الدليل .

وأما قوله : « ولو مشاعاً » فصحيح لأن المالك لبعض الشيء له أن يتصرف به كيف يشاء كالمالك للشيء جميعه إلا أن يتصرف في نصيبه بما يضر شريكه . فإن ذلك ممنوع بالأدلة الواردة في المنع من الضرار .

وأما قوله : « في منفعة مقدورة للأجور » فلا بد منه فإن ما لا يقدر عليه لا ينتفع به فيه .

قوله : « غير واجبة عليه » .

أقول : الأدلة الواردة في تحليل الإجارة على العموم وفي تحليل مطلقها من غير تقييد يقتضي أنه لا يصح القول بعدم جواز نوع خاص من أنواعها إلا بدليل يدل عليه يصلح لتخصيص العموم أو تقييد المطلق وقد استدلوا على عدم جواز الاستئجار على ما هو واجب على الأجير بما أخرجه ابن ماجه والبيهقي[1] من حديث أُبَيّ بن كعب قال : « عَلَّمْتُ رَجُلاً الْقُرآنَ فَأَهْدَى لِي قَوْساً ، فَذَكَرْتُ ذلكَ لِلنَّبِيِّ صَلى الله عَليه وآله وسلم فقال : إنْ أَخَذْتَهَا أَخَذْتَ قَوْساً مِنْ نَارٍ فَرَدَدْتُهَا » قال البيهقي وابن عبد البر : وهو منقطع يعني بين عطية العوفي[2] وأُبي بن كعب وكذلك قال المزي : وتعقبهم ابن حجر بأن عطية وُلد في[3]

(١) الحديث أخرجه أيضا الروياني في مسنده . السنن الكبرى ٦/١٢٦ . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٠ ويراجع المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٣٢٢ .

(٢)(٣) عطية العوفي : هكذا في الأصل المخطوط ... والصواب عطية بن قيس الكلاعي كما أثبته ابن ماجه في السند والمصنف في نيل الأوطار ... أما عند البيهقي ـ فذكر أنه الكلابي (بدل الكلاعي) ... ونسب إليهما باختلاف وأورد البخاري في ترجمة عطية خبراً يفيد أنه ولد بعد موت النبي صلى الله عليه وآله وسلم ... قال في الزوائد تعليقاً على الحديث : إسناده مضطرب . المصادر السابقة . التاريخ الكبير للبخاري ٧/٩ .

(٣) ذكر صاحب الكمال عن أبي مسهر أنه ولد في حياة النبي صلى الله عليه وآله وسلم فعلى هذا روايته عن أبي محمولة على الاتصال . الجوهر المنتقى على السنن الكبرى ٦/١٢٦ .

زمن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وأعله ابن القطان بالجهل بحال عبد الرحمن[1] بن سَلْم الراوي عن عطية وله طرق عن أُبَيٍّ قال ابن القطان : لا يثبت منها شيء قال ابن حجر : وفيما قال نظر وذكر المزي في الأطراف له طرقاً وشهد له ما أخرجه أبو داود وابن ماجة[2] من حديث عُبَادَة ولفظه قال : « عَلَّمْتُ نَاساً مِنْ أَهْلِ الصُّفَّةِ الكِتَابَ والقُرْآنَ فَأَهْدَى إِلَيّ رَجُلٌ مِنهم قَوْساً فقُلتُ : لَيْسَتْ بِمَالٍ وأَرمي عَلَيْهَا في سَبِيلِ اللهِ عز وجل لآتِيَنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وآله وسلم فَلأَسْأَلَنَّه فأَتيتُه فقلتُ : يا رسول الله رَجُلٌ أَهْدَى إِلَيَّ قَوْساً مِمَّنْ كُنتُ أُعَلِّمُهُ الكِتَاب والقُرآن ، ولَيْسَتْ بِمَالٍ . وَأَرْمِي عَلَيْهَا فِي سَبِيلِ اللهِ فقال : « إِنْ كُنْتَ تُحِبُّ أَنْ تُطَوَّقَ طَوْقاً مِنْ نَارٍ فَاقْبَلْهَا » وفي إسناده المغيرة بن زياد أبو هاشم الموصلي وقد تكلم فيه جماعة ووثقه وكيع ويحيى بن معين[3] ولكنه قد روي عن عُبادة من طريق أخرى عند أبي داود بلفظ[4] « ما تَرَى فِيهَا يا رسول الله فَقَال : « جَمْرَةٌ بَيْنَ كَتِفَيْكَ تَقَلَّدْتَهَا أَوْ تَعَلَّقْتَهَا » وفي إسناد هذه الرواية بقية بن الوليد وقد تكلم فيه جماعة ووثقه الجمهور وقد روي حديث أُبَيٍّ السابق الطَّبراني في الأوسط عن الطُّفيل بن عَمْرو الدَّوْسِي بنحوه[5] وهذه الروايات يقوي بعضها بعضاً فتقوم بها الحجة وكونها واردة في خصوص الهدية لا يمنع من الاستدلال بها على تحريم الأجرة لأنه صلى الله عليه وآله وسلم قد ذكر ما يدل على تحريم أخذ العوض عن ذلك كما في هذه الروايات وقد

---

(١) عبد الرحمن بن مسلم ... قال في الميزان : إسناده مضطرب في الذي أهدى لأبي قوساً ما روى عنه سوى ثور بن يزيد . الميزان ٢/٥٦٧ .

(٢) قال السيوطي : الأولى أن يدعي أن الحديث منسوخ بحديث الرقية ... وحديث : « إن أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله » ... وأيضاً في سنده الأسود بن ثعلبة وهو لا نعرفه كما قال ابن المديني . مختصر وشرح وتهذيب السنن ٥/٦٩ . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٠ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٢٢ .

(٦) وهذا القول أورده الحافظ تعليقا على الحديث عند أبي داود ثم استطرد فقال : وتكلم فيه جماعة ... وقال الإمام أحمد : ضعيف الحديث حدث بأحاديث مناكير .. وكل حديث رفعه فهو منكر ... وقال أبو زرعة الرازي : لا يحتج بحديثه ... انتهى . ولابن حبان في المغيرة بن زياد رأى مظلم ... وأورد هذا الحديث في مناكيره . مختصر السنن ٥/٧٠ . المجروحين لابن حبان ٣/٦ .

(٤) مختصر السنن ٥/٧١ .

(٥) الطفيل بن عمرو الدوسي ... صحابي مشهور له خبر طويل في إسلامه قبل الهجرة ويراجع الجوهر النقي على السنن الكبرى ٦/١٢٦ . نيل الأوطار على المنتقي ٥/٨١ . أسد الغابة ٣/٧٨ .

تركوا الاستدلال على التحريم بما هو أصرح من هذه الأحاديث وهو ما أخرجه أحمد(١) بإسناد رجالة ثقات والبزار من حديث عبد الرحمن بن شِبْل عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « اقْرَأُوا القُرآنَ وَلَا تَغْلُوا فِيهِ وَلَا تَجْفُوا عَنْهُ وَلَا تَأْكُلُوا بِهِ وَلَا تَسْتَكْثِرُوا بِهِ » وما أخرجه أيضاً أبو داود من حديث(٢) جابر قال : « خَرَجَ علينا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ونَحْنُ نَقْرأُ القُرآنَ وفِينَا الأَعْرَابيُّ والعَجَمِيُّ فقال : « اقْرَأُوا فَكُلٌّ حَسَنٌ وسَيَجِيءُ أَقْوَامٌ يُقِيمُونَهُ كَمَا يُقَامُ القِدْحُ يَتَعَجَّلُونَهُ وَلَا يَتَأَجَّلُونَهُ » وأخرجه أبو داود(٣) أيضاً من حديث سَهْل بن سعد .

ومما له دخل في منع أخذ الأجرة على ما هو طاعة ما تقدم في الآذان(٤) من قوله صلى الله عليه وسلم لعثمان بن أبي العاص لا يتخذ مؤذناً يأخذ على آذانه أجراً وفي الباب أحاديث ، وقد ذهب الجمهور إلى أنها تحل الأجرة على تعليم القرآن وأجابوا عن حديث أُبيّ وعبادة وما في معناهما بأجوبة منها أنها واقعات عينية فتحتمل أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم علم أنهما فعلا ذلك خالصاً لله فكره أخذ العوض عنه وقد استوفيت ما أجابوا به وما أجيب عليهم في شرحي للمنتقى(٥) ومن جملة ما استدل به المجوزون ما أخرجه البخاري(٦) وغيره من حديث ابن عباس « أَنَّ نَفَراً مِنْ أَصْحَابِ النَّبي صلى الله عليه وآله وسلم مَرُّوا بِمَاءٍ فِيهِمْ لَدِيغٌ [أَوْ سَلِيمٌ] فَعَرَضَ لَهُمْ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْمَاءِ فقال : هَلْ فِيكُمْ مِنْ رَاقٍ فَإِنَّ فِي المَاءِ رَجُلاً لَدِيغاً [أَوْ سَلِيماً] فانْطَلَقَ رَجُلٌ مِنْهُمْ فَقَرَأَ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ عَلَى شَاءٍ

(١) تغلو فيه : يقال غلا في الدين غلوا ... من باب قعد ... تصلب وشدد حتى جاوز ــ الحد .
وتجفو عنه : تهجره ولا تتعاهده .
والحديث أورده في المنتقي ونقل الشوكاني عن صاحب مجمع الزوائد أن رجـال أحمد ثقات . مسند أحمد ٣/٤٤٤ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٢٢ .

(٢) الحديث أخرجه أيضا أحمد في مسنده ... والقدح بكسر القاف ... السهم الذي يرمي به ومعنى يتعجلونه يطلبون بقراءته العاجلة . مختصر السنن للمنذري ١/٣٩٥ . نيل الأوطار على المنتقي ٥/٣٢٢ .

(٣) مختصر السنن للمنذري ١/٣٩٥ .

(٤) الحديث مروي هنا بالمعنى ... ويرجع إلى لفظه في الجزء الأول من هذا الكتاب ص ١٩٦ .

(٥) نيل الأوطار على المنتقي ٣٢٢ وما بعدها .

(٦) اللديغ : اللسيع وزنا ومعنى ... والحديث أورده في المنتقي ... والزيادة التي بين قوسين التزاما للفظه في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٢٥ . الصحيح بشرح الفتح ١٠/١٩٩ .

فَجَاءَ بِالشَّاءِ إِلَى أَصْحَابِهِ فَكَرِهُوا ذَلِكَ وَقَالُوا : أَخَذْتَ عَلَى كِتَابِ اللهِ أَجْراً ، حَتّى قَدِموا المَدِينَةَ فَقَالوا يا رسولَ اللهِ أَخَذَ عَلَى كِتَابِ اللهِ أَجْراً . فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إِنَّ أَحَقَّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْراً كِتَابُ اللهِ » فإن هذا العموم يدل على جواز أخذ الأجرة على القرآن على كل وجه من وجوه الإجارات ، وقد خصص بالأحاديث المتقدمة فيقتصر المنع على ما اشتملت عليه .

قوله : « ولا محظورة » .

أقول : يدل على هذا ما ورد في الأحاديث[1] من النهي عن مهر البغي وحلوان الكاهن فإن العلة في المنع من هذه ونحوها هي كونها محرمة فيلحق بذلك كل محرم للاستواء في علة المنع .

وأما قوله : « وشرط كل مؤجر ولايته » فوجهه أنه لا يجوز استعماله إلا بإذن مالكه ، أو من ينوب عن المالك وإلا كان ذلك من باب الغصب لا من باب الإجارة ، وهكذا لا بد من تعيين ما أستأجره أو استؤجر عليه ، وإلا كان الانتفاع به متعذراً ، وهكذا لا بد من تعيين مدته ، ويصح أن تكون الإجارة غير مشتملة على مدة معلومة وذلك كان يستأجره على كذا في كل يوم بكذا أو في شهر بكذا ، فإن هذه الإجارة صحيحة ، ولم يرد ما يدل على امتناعها وهما بالخيار أحدهما ترك ذلك كان له من غير حرج[2] وأما اشتراط تعيين الأجرة فيدل عليه ما أخرجه أحمد من[3] حديث أبي سعيد قال : « نَهَى رسول الله صلى الله عليه وسلم عَن اسْتِئْجَار الأَجِيرِ حَتَّى يُبَيَّنَ لَهُ أَجْرُهُ » قال في مجمع الزوائد ورجال أحمد رجال الصحيح ، إلا أن ابراهيم النخعي لم يسمع من أبي

---

(١) مر حديث أبي مسعود ... عقبة بن عمرو : « نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن » ... والحديث رواه الجماعة . المنتقي شرح نيل الأوطار ٥/١٦٢ .

(٢) كذا بالأصل ... وأقرب ما تكون العبارة إلى الصحة بتقدير : « فإن أراد أحدهما ذلك العقد ... كان له ذلك من غير حرج » .

(٣) حديث أخرجه أيضاً البيهقي وعبد الرزاق وإسحق في مسنده وأبو داود في المراسيل والنسائي في الزراعة موقوفا ... وتمامه كما في المنتقي : « وعن النجش واللمس وإلقاء الحجر » . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٢٩ . مجمع الزوائد ٤/٩٧ .

سعيد فيما أحسب انتهى . وأخرجه أيضاً عبد الرزاق وإسحق في مسنده وأبو داود[1] في المراسيل والنسائي في المزارعة غير مرفوع ولفظ بعضهم : « مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَلْيُسَمِّ لَهُ أُجْرَتَهُ » وأخرجه أيضاً البيهقي[2] .

وأما قوله : « ويصح منفعة » فصحيح لأن الاعتبار بما وقع عليه التراضي في الأجرة من عين أو منفعة ، وما صح أن يكون ثمناً في المبيعات صح أن يكون أجرة في الإجارات .

وأما قوله : « ومنفعته » أن اختلفت وضررها فصحيح لأن الاحتمال لمنافع من غير تراض على تسليط المستأجر على كل منفعة يكون سبباً لتوقف الانتفاع الذي هو المقصود من الإجارة .

وأما قوله : « يجوز فعل الأقل ضُرّاً وأن عين غيره » فغير مسلم بل يجب عليه الاقتصار على المنفعة التي وقع التراضي عليها ، فقد يكون في فعل غيرها ، وإن كان أقل ضرراً مفسدة على المؤجر ، وقد يكون مخالفاً لغرضه فلا يجوز فعل غير ما تراضيا على تعيينه .

قوله : « ويدخلها الخيار» .

أقول : وجهه أن الأغراض في المنافع مختلفة كاختلافها في الأعيان ، فللمسلط على منافع العين مدة من الزمان أن يفسخها بما يفسخ به المبيع إذا كان لذلك وجه مقبول يلحقه يفوت الغرض في الأعيان وهكذا يدخلها التخيير ، فإنه إذا جاز في البيع كما تقدم في الأحاديث الصحيحة فدخوله في المنافع من باب فحوى الخطاب ، وهكذا يدخل الإجارة التعليق بوقت مستقبل نحو أن يقول : أجرت منك هذه العين في شهر كذا من الشهور المستقبلة ، ولا يمنع من هذا شرع ولا عقل ، وما قيل من أنه يخالف ما سيأتي من قوله ولا يدخل عقد على عقد فوهم ، ولو صح هذا الوهم لما كان في هذه المخالفة

---

(١) سنن النسائي ٧/٢٩ . نيل الأوطار على المنتقي ٥/٣٢٩ .

(٢) رواه حماد بن سلمة عن حماد عن إبراهيم عن أبي سعيد وعلق عليه البيهقي بقوله : وهو مرسل بين إبراهيم وأبي سعيد ... ورواه معمر عن حماد بن أبي سليمان مرسلاً . السنن الكبرى للبيهقي ٦/١٢٠ .

لما هو مبني على مجرد الرأي للبحث بما يقدح في هذا التعليق ، وقد عرفناك غير مرة أن المناط في تحليل الأموال أعم من أن يكون أعياناً أو منافع هو التراضي ، إلا أن يرد الشرع الذي يقوم به الحجة بمنع التراضي في ذلك بخصوصه كما ورد في النهي عن مهر البغي[1] وحلوان الكاهن ونحوهما ، وأما كونه يدخل الإجارة التضمين للعين فوجهه أن المستأجر لها رضي لنفسه بذلك فكان هذا الرضا الصادر منه محللاً لماله الذي دفعه في ضمانها ، ولا حجر في مثل هذا ولا وجه لقوله من قال[2] إنه لا يصح .

قوله : « ويجب الرد الخ » .

أقول : وجهه قوله صلى الله عليه وسلم[3] : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » وقد قدمنا ذكره في باب القرض وبيان من خرجه فهذا المستأجر للعين قد أخذ العين من مالكها للانتفاع بها بأجرة فكان عليه تأديتها إلى مالكها ، ولا نزاع في دخول المستأجر تحت هذا العموم فقول المصنف وإلا ضمن صحيح يصدق عليه قوله في الحديث « على اليد ما أخذت » فإن المراد به على اليد ضمان ما أخذت حتى تؤديه .

فصل

وإنَّما تُستحق أجرة الأعيان باستيفاء المنافع ، أو التَّخْلية الصَّحيحة ، فإن تعذَّرَ الانتفاعُ لِعارض في العَيْن سَقَط بحصَّتِها ، وعلى المالك الإصلاح ، فإن تعذَّر في المدة سقط بحصَّتِها ، وإذا عَقَدَ لاثْنينِ فِللأَول إن تَرَتَّبَا ، وإجازَته عَقْدَ المَالِك لِنَفْسه فَسْخٌ لا إِمضاء[4]

---

(١) عن أبي مسعود الأنصاري ... رضي الله عنه ... أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي ، وحلوان الكاهن . الصحيح بشرح الفتح ٤/٣١٠

(٢) يراجع بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢/١٩٠ .

(٣) يراجع الحديث ص ١٤٨ من هذا الجزء .

(٤) إذا عقد لاثنين فالمستحق للعقد هو الأول إن ترتبا ... وإلا تبطل الإجارة وإذا أجاز المستأجر الأول للمالك العقد الثاني فإنه ينظر إن كانت إجازة العقد لنفسه لا للمجيز فهي فسخ بينه وبين المالك لا إمضاء للعقد الثاني . شرح الأزهار ٣/٣٦٤ .

ثم لِلقَابض ، ثم لِلمُقَر له ، وإلا اشْتركَا إلا لِمَانع ولِلمُستَأجر القابض التَّأجيرُ إلى غير المؤجِّر لمثل ما أكْتَرَى ، وَبمثْله ، وإلّا فَلَا إلّا بإذنٍ أو زيادة مُرغِّبٍ ، ولا يدخل عَقْد على عَقْد أَوْ نحوه إلا في الأعمال (غالباً) (١) وما تعيَّب تُرِك فَوراً ، ولو خَشِيَ تلف مالِه لا نَفْسِه وإلا كان رضاً ومِنْه(٢) نقصان ماء الأرض الناقص للزرع لا المبطل له ، أو لبعضه ، فتسقط كلها ، أو بحصته ، وإذا انقضت المدة ولما يحصد الزرع ، وينقطع البحر بلا تفريط بقي بالأجرة .

قوله : « فصل وإنما تستحق أجرة الأعيان باستيفاء المنافع » .

أقول : وجهه أن الأجرة هي إلى مقابل المنفعة المتعلقة بالعين ، فلا يستحقها من هي له إلا بانتفاع المستأجر لها بها ، ولكنها إذا كانت المنافع مما يتجدد الانتفاع به في الأوقات كان للمؤجر أن يطالب المستأجر بقدر أجرة ما قد انتفع به ، ولا يلزمه أن يمهله حتى يستوفي كل ما تراضيا عليه إلا أن يتراضيا على تأجير تسليم الأجرة إلى استيفاء جميع ما تعلق به الإجارة من المنافع (٣) كان ذلك لازماً لهما .

وأما قوله : « والتخلية الصحيحة » فمبني على أن التأجير إذا وقع لمدة كان الدخول في الإجارة بمثابة الرضا بدفع ما تراضيا عليه من الأجرة ، وإن لم يشرع في الانتفاع كما تقدم في البيع ، ولكن بين البابين بون بعيد فإن المشتري بمجرد قبضه للمبيع صار ملكاً له يتصرف به كيف شاء ، وأما الإجارة فالمنافع لمالك العين ، وليس للأجير إلا الانتفاع في وقت من الزمان ، فإلزامه بتسليم أجرة ما لم ينتفع به غير معقول ، وربما يتعذر الانتفاع لعارض في العين ، كما ذكره المصنف هنا ، فإنه يسقط بحصتها من الأجرة فكيف يكلف المستأجر بالتسليم للجميع مع الاحتمال .

وأما قوله : « وإذ عقد لاثنين فللأول » فظاهر لأنه قد صار من تقدم العقد له أحق

(١) غالبا : احتراز من الحاج إذا استؤجر بحجتين على أن ينشيء لهما جميعاً ولم يرضى الشركاء . المصدر السابق .

(٢) منه : من العيب الذي تفسخ به الإجارة .

(٣) حق التعبير أن يقال : فإن ذلك يكون لازما لهما .

بها كما تقدم في البيع .

وأما قوله : « وإجازته عقد المالك لنفسه فسخ لا إمضاء » فوجهه أنه قد رضي بذلك بعد أن صار مستحقاً للمنفعة فكأنه فسخ العقد الذي كان في يده ، وإذا علم ترتب العقدين ثم التبس كان القابض للعين التي تعلقت بها المنفعة أولى بالمنفعة ، لأن ذلك دليل على تقدم عقدة وفيه نظر لأنه يمكن أن يسبق إلى القبض من تأخر عقده ومع الاحتمال لا يتم الاستدلال ، وهكذا يكون إقرار البائع لأحدهما بتقدم عقده مفيد التقدمة وفيه نظر على قواعدهم ، لأن هذا الخبر من البائع فيه تقرير لفعله ، وهم يجعلون ذلك قادحاً كما سيأتي في الشهادات .

وأما قوله : « وإلا اشتركا » فوجهه عدم وجود مرجح لأحقية أحدهما ، والأولى أن يقال : إن هذا اللبس من كل وجه يقتضي بطلان إجارة كل واحد منهما ، فيؤجره مالكه ممن شاء ، لأن الرضا الذي هو المناط الشرعي غير متحقق مع اللبس .

قوله : « وللمستأجر القابض التأجير إلى غير المؤجر » .

أقول : المالك للعين مالك لمنافعها ، ومجرد الإذن لمن يستعمله مدة من الزمان بأجرة لا يدل على جواز صرفها إلى غيره لاختلاف الأشخاص والأغراض والمقاصد ، وبهذا تعرف أنه لا يجوز للمستأجر أن يؤجرها ولا حق له في ذلك ، بل حقه مختص باستيفائه للمنافع المأذون له بانتفاعه بها ، فإن قلت أما كان له في استحقاقه لمنافع العين ما يسوغ له تأجيرها من غيره ؟ قلت : هذا الاستحقاق سببه إذن المالك له بالانتفاع بها إلى مقابل الأجرة فإخراجها إلى غيره ، وتسليطه للانتفاع بها لم يتناوله الإذن ، وأما إذا أذن له مالك العين بذلك فظاهر .

وأما قوله : « أو زيادة مرغب فلا وجه له » فإنه لا يجوز ذلك إلا إذا رضي بذلك المرغب إلى مقابل إخراج العين إلى مستأجر آخر ، ولا يصح أن يكون مجرد وجود زيادة المرغب مصححاً لتأجير المؤجر شاء المالك أم أبى فإن ذلك من الافتيات عليه في ملكه وفيما أمره إليه .

قوله : « ولا يدخل عقد على عقد إلا في الأعمال » .

أقول : لا مانع من هذا الإدخال لا من شرع ولا عقل ، ولا وجه لقياس الإجارة على البيع لما قد عرفناك من الفرق بينهما ، وأيضاً قد قدمنا في البيع ما قد عرفته ، والحاصل أن المناط في الكل التراضي المدلول عليه [بقوله تعالى] :[1] ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ فمن زعم تقييد هذا التراضي بقيد لم يدل عليه دليل ، فهو رد عليه وهكذا قوله :[2] ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وحَرَّمَ الرِّبا﴾ فمن زعم أنه لا يحل كذا من البيوع بغير دليل ، فهو رد عليه ، وإذا كان هذا في البيع الذي هو نقل الأملاك نقلاً منجزاً فكيف بالتجارة في المنافع[3] الباقية على ملك مالكها ببقاء العين في ملكه ، والعجب من الفرق بين الأعيان والأعمال مع أن الكل منفعة ، فإن إجارة الأعيان تسليط المستأجر على الانتفاع بها ، والإجارة في الأعمال تسليط العامل لصاحب العمل على منافعه .

قوله : « وما تعيب ترك فوراً ولو خشي تلف ماله لا نفسه » .

أقول : ظهور العيب يقتضي ثبوت الرد به ولا يبطل إلا بمطل شرعي ، أو حصول الرضا المحقق به ، وأما هذا الذي جعلوه رضا شاء أم أبى ، وإن أدى إلى تلف ماله فمن غرائب الرأي وعجائب الاجتهاد ثم التفرقة بين تلف المال والنفس أغرب وأعجب ، ولا شك أن حفظ النفس مقدم على حفظ المال ، ولكن إضاعة المال منكر وحرمته مقترنة بحرمة النفوس كما حديث[4] « إنّ دِمَاءَكُم وَأَمْوَالَكُم عَلَيْكم حَرَامٌ » .

وأما قوله ومنه نقصان ماء الأرض الخ فمن التفريع المستغنى عنه .

(١) تقدم ذكر الآية الكريمة ص ١٠.
(٢) تقدم ذكر الآية الكريمة ص ١٣٦ .
(٣) في الأصل المخطوط « المناط » وعدلت بما يناسب السياق .
(٤) يرجع إلى حديث جابر الطويل في كتاب الحج ص ١٩٣ من الجزء الثاني .

فصل

وَإذا اكْتَرى لِلحَمْل فَعَيَّن المُحْمُولَ ضَمِنَ إلّا مِنْ الْغَالِبِ ، ولَزِم إبدال حَامِلِه إنْ تلف بِلَا تَفْوِيت غرض ، والسَّيرُ معه ، ولا يَحْمِل غَيْرَه ، وإذا امتنعَ المُكتَرِي ولَا حَاكِم[1] فَلَا أُجْرةَ ، والعكس إن عَيّن الحامل وحده إلا لشرط أو عرف في السوق ، فيتبعه ضمانُ الحَمْل ، ولا يَضْمن بالمُخَالفة إلى مثل الحمل ، أو المسافة قدراً وصفة فإن زاد ما يؤثر ضمن الكلَّ ، وأجرةَ الزِّيادة ، فإن حملها المالك فَلَا ضمان وَلو جاهلاً ، فإن شُورك حَاصَ ، وكذا المُدة ، والمسافة ، ولا بالإهمال لِخَشْيةِ تَلَفِهما ، ومَنْ اكتَرَى مِنْ موضِعٍ لِيُحْمَل مِنْ آخرَ[2] إليه فامتنع أو فَسَخَ قَبْل الأَوْب لَزِمت للذَّهاب إن مُكِّن فيه وَخُلِّي له وإلا فلا .

قوله : « فصل وإذا اكترى الخ » .

أقول : مجرد استئجاره على أن يحمل له شيئاً على دابته أو على ظهره ليس فيه ما يدل على تضمينه لا بمطابقة ، ولا تضمن ، ولا التزام ، ولا ورد بذلك شرع ولا دل عليه رأي صحيح ، ولا عقل ، بل غاية ما يجب على هذا الأجير هو إيصاله إلى المكان الذي عينه المالك ولا يضمن إلا إذا حصلت منه جناية أو تفريط ، فإن التضمين حكم شرعي يستلزم أخذ مال مسلم معصوم بعصمة الإسلام ، فلا يجوز إلا بحجة شرعية ، وإلا كان ذلك من أكل أموال الناس بالباطل ، وإذا عرفت أن الإجارة إنما هي على إيصال الشيء المحمول إلى المكان الذي وقع التواطؤ عليه ، فقد صار ذلك واجباً على الأجير سواء كان على حامل واحد أو أكثر وإذا تلف الحامل لزمه إبداله وله أن يستنيب من يسير مع الدواب الحاملة ، ولا وجه لإيجاب السير ، وله أن يحمل غيره على تلك الدابة أو غيرها ، ولا وجه لمنعه من ذلك ، ولا يستحق الأجرة إلا بايصاله إلى المكان المعين ، فإن تلف الحمل دونها بغير جناية منه ولا تفريط استحق حصة ما قد قطعه من المسافة ، ولا فرق بين أن يكون المعين

---

(١) لا حاكم يجبره .

(٢) ليحمل من مكان آخر إليه .

هو الحامل أو المحمول ، فإن الكلام في الجميع هو ما ذكرناه . ولا وجه الفرق إلا مجرد خيالات لا يحل بناء أحكام الشرع عليها إلا أنه إذا استأجر الدابة لحمل ذلك الحمل المعين إلى المكان المعين ، فليس لمالكها أن يحمل عليها غيره ، لأن منافعها قد صارت مستحقة للمستأجر ، ولكنه لا يحمل فوقها غير ماعينه ، فإن خالف وتلفت بسبب المخالفة ضمن الدابة بسبب جنايته عليها بالزيادة .

وأما قوله : « من اكترى من موضع » الخ فصحيح فإن المستأجر بسبب امتناعه من التحميل أو فسخه للإجارة قد لزمه قدر ما قد فعله الأجير بإذنه إذا لم يصدر منه ما يكون سبباً للتفاسخ على وجه التعدي .

باب وإجارة الآدميين

فصل

إذا ذُكِرت المدَّة وَحْدَها ، أو مُتَقَدِّمةً على العَمَل فالأَجيرُ خَاصٌّ له الأُجرةُ بِمُضِيِّها إلا أَنْ يَمْتنعَ أَوْ يعمل لِلْغَيْر ، والأجرة له ، ولا يُضَمَّن إلا لِتَفْرِيط ، أَوْ تأْجِيرٍ عَلَى الحِفْظِ ، ويُفْسَخ مَعِيبُه ، ولا يُبَدّل ، وتصحّ لِلْخِدمة وَيَعْمل المُعْتَاد ، والعُرْفَ[1] لا بالكسْوَه والنَّفَقةِ لِلْجَهَالة ، والظِّئْرُ كَالخَاصّ فَلَا تَشْرَك في العَمَل واللَّبَنِ[2] وإذا تغيّبت فسخت إلا أنها تضمن ما ضمنت .

قوله : « فصل إذا ذكرت المدة وحدها » .

أقول : إذا ذكرت المدة وحدها صار الأجير فيها مستحق المنافع للمستأجر ، فليس له أن يعمل للغير .

وأما قوله : « وله الأجرة بمضيها » فلا وجه له لأنه خلاف مقصود المستأجر ، إنما أراد استئجاره على عمل في تلك المدة المعينة لا مجرد كونه أجيراً له بغير عمل فيها ، فإذا لم يعمل لم يستحق شيئاً ، وإن عمل وفرط في العمل فلم يعمل إلا بعض ما يقدر عليه من العمل في العادة فليس له إلا قدر أجرة عمله ، وأما إذا ذكر العمل مع المدة فذكره معها قرينة دالة على أن المراد عمل ذلك العمل المسمّى ، فإذا فرغ منه في بعض اليوم فقد انقضت الإجارة ، وسواء تقدم ذكر العمل أو تأخر ، وإذا تلفت العين التي استؤجر على

(١) يرجع إلى العرف في تقدير وقت العمل . شرح الأزهار ٣/٢٧٨ .

(٢) الظئر : التي ترضع ولد غيرها ليس لها أن تؤجر نفسها من آخر إلا بإذن ... وإذا تغيبت لمرض أو حبل فسخت الاجارة . المصدر السابق .

فيها فلا ضمان عليه إلا لجناية أو تفريط على ما قررناه قبل هذا الباب .

وأعلم أن الفرق بين تقديم العمل أو تأخيره كما في هذا الفصل ، والفصل الذي بعده . وجعل ذلك مقتضياً لتسميته أجيراً خاصاً أو أجيراً مشتركاً هو كله ظلمات بعضها فوق بعض ، وتلاعب بأحكام الشرع بلا سبب لا من شرع ، ولا من لغة ، ولا من عقل . ولا من رأي صحيح ، وحاصل ما ينبغي الاعتماد عليه في هذا أن استئجار الأجير على عمل يقتضي استحقاقه للأجرة المسماة بفراغه منه إلا أن يشترط عليه التمام للعمل في مدة معينة ، وإلا فلا أجرة [فإن] رضي لنفسه لذلك لزمه حكم ما رضي به ، وإن لم يرض استحق الأجرة بتمام العمل سواء طالت المدة أو قصرت ، وإذا عرفت هذا هان عليك ما ذكره المصنف وغيره من هذه التفاصيل ، والتفاريع التي لا يفوح منها رائحة من روائح العلم ، ولا يلوح عليها نور من أنوار الشرع فأضرب بما ذكره ـ من الفرق بين تقديم العمل على المدة وتأخيره عليها ومن الفرق بين الخاص والمشترك ومن الفرق بين تعريف العمل وتنكيره وبين الأربعة ومن عداهم ـ وجه من جاءك محتجاً به معتقداً أنه من هذه الشريعة الواضحة التي ليلها كنهارها ، وقل له من استأجر أجيراً على عمل كان عليه أجرته وعلى الأجير عمل ما استؤجر عليه على الوجه الذي وقع التراضي به ، والتواطوء عليه ، وما ذكره الأجير أو المستأجر فما فيه زيادة على ذلك من تعيين مدة أو اشتراط كون العمل على صفة معروفة أو نحو ذلك كان ما تراضيا عليه لازماً لهما لا يجوز لهما المخالفة له ، ولا الخروج عما يقتضيه ، وقد قدمنا لك أنه لا يضمن إلا لجناية أو تفريط أو شرط عليه ورضا به وقد ثبت عنه صلى الله عليه وآله وسلم[1] أَنَّـه اسْتَأْجَرَ عَلَى عَملٍ واسْتُؤْجِرَ عَلَيْه كما قدمنا ومن استئجاره صلى الله عليه وآله وسلم على عمل ما أخرجه أحمد[2] وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه عن سُوَيْد بن قَيْس قال : « جَلَبْتُ أَنَا وَمَخْرَمَةُ العَبْدِيّ بَزّاً مِنْ هَجَرَ . فَأَتَيْنَا مَكَّةَ فَجَاءَنَا رسولُ الله صلى الله عليه وآله وسلم يَمْشِي ، فَسَاوَمَنَا سَرَاوِيلَ فَبِعْنَاهُ .

---

(١) مر الحديث ص ١٩٦ .

(٢) الحديث سكت عنه أبو داود والترمذي ... وقد سقط من المخطوطة لفظة (بالاجر) وهي محل الشاهد وقد أثبتناها بعد الرجوع إلى المصادر الآتية : المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٣١٨ . سنن أبي داود ٢/٨٤ . مختصر وشرح وتهذيب السنن ٥/١١ .

وَثَمَّ رَجُلٌ يَزِنُ [بِالأَجْرِ] فَقَالَ لَهُ : زِنْ وَأَرْجِحْ » وصححه الترمذي ، وأخرجه أبو داود [1] والنسائي وابن ماجه أيضاً من حديث أبي صفوان بن عُمَيْر..

فصل

فإن قدّم العَمل فَمُشْتَرَك ، وَيفْسُد إن نَكَّر [2] مطلقاً ، أَوْ عَرَّفَ إلّا في الأَرْبَعَةِ [3] ، وتَصِحّ إن أَفْرَد مُعَرَّفاً إلّا فيها [4] فَيُذْكَرَان مَعاً ، وهو فِيهِمَا يَضْمَن ما قَبَضَه ولَوْ جَاهِلاً إلا مِن الغَالِبِ أَوْ بسبب من المالك كإناء مكسور أَوْ شُحِنَ فاحِشًا ، وله الأجرة بالعمل ، وحبس العين لها ، والضمان بحالة ، ولا تسقط إن ضمنه مَصْنُوعاً ، أو محمولاً وعليه أَرْشُ يَسِيرِ نَقْصٍ بِصَنْعَتِهِ ، وفي الكثير يُخَيّر المالك بينه وبين القِيمة ، ولا أرش للسّرَاية عن المعتاد مِنْ بَصِير والذّاهب في الحمام بحسب العرف [5] .

فصل

وَلِلأَجِيرِ الاسْتِنَابة فِيمَا لَا يَخْتَلِفُ بالأَشْخَاص إلا لِشَرْط أَوْ عُرْف ، ويَضْمَنَانِ مَعاً والفسخ إن عتق أو بَلَغ ، ولو لِعقْد الأَب فِي رَقَبَتِه لَا مِلْكه [6] ، وإذا شرط على الشّريك الحِفْظ ضَمِن كالمُشْتَرِك .

---

(١) عبارته في نيل الأوطار أدق ... حيث قال « وأخرج نحوه » وقد أشار الخطابي في التعليق على الحديث أن أبا صفوان هو مالك بن عميرة أو سويد بن قيس ... رجل واحد عند الحاكم الكرابيسي وأبو عمر النمري ... وهو في السيل ونيل الأوطار عمير ... وفي السنن ومختصرها عميرة ... وفي أسد الغاب كذلك ... وقد أشار هناك إلى خلاف في اسمه على نحو ما قاله الخطابي . نيل الأوطار على المنتقي ٥/٣١٨ . سنن أبي داود ٢/٨٤ . مختصر السنن ٥/١٢ . أسد الغاب ٢/٤٩٣ .

(٢) نكر : لم يعين العمل .

(٣) الأربعة هم : المنادى والحاضنة وكيل الخصومة والراعي ... فإنه إذا ذكر العمل مقدما على المدة معرفا لم تفسد الإجارة . شرح الأزهار ٣/٢٨٠ .

(٤) الضمير يعود إلى الأربعة المذكورة .

(٥) الذاهب إلى الحمام يجب ضمانه بحسب العرف .

(٦) للصبي حق الفسخ إذا بلغ ولو لعقد الأب في رقبته ... أما لو أجر الأب ملك الابن فليس له الفسخ إذا بلغ . المصدر السابق .

قوله : « وللأجير الاستنابة فيما لا يختلف بالأشخاص » .

أقول : إن عرف من مقصد المستأجر أنه لا يريد إلا تحصيل ذلك العمل على صفة يستوي في تحصيلها الأجير وغيره ، كان للأجير الاستنابة من هذه الحيثية ، وأما إذا كان الأجير أحسن صناعة من غيره ولا يلحق غيره به فيها فاستئجار على ذلك العمل قرينة تدل على أن المراد تولى العمل بنفسه ، وجعله على الصفة التي لا يحسنها غيره ، وهكذا إذا كان بمكان من الدين رفيع فاستأجره المستأجر على شيء من الأمور الدينية فإنه لا يجوز الاستنابة لغيره ، لأن استئجاره على ذلك العمل قرينة كما تقدم ، وهذا مع عدم الشرط أما إذا شرط عليه أنه لايستنيب فلا يجوز له الاستنابة ، ولو استناب من هو أحسن منه صناعة أو أكثر ديناً وأتم عدالة .

هكذا العرف إذا جرى في المحل ، فإنه محكم لأنه مقصود لهما كما تقدم في غير موضع .

وأما قوله : « ويضمنان معاً »[1] فقد عرفت أنه لا يضمن إلا لجناية أو تفريط كما قدمنا ، لأنه إنما استؤجر على العمل في الشيء ولم يُستأجر على حفظه ، وأما كون لمن عتق أو بلغ الفسخ فظاهر لأن العبد قد ملك نفسه فلا يلزمه ما ألزم به ، وهو في الرق والصبي قد انتقل الحكم إليه بعد بلوغه ، فلا يلزمه ما وقع بالولاية عليه لأن المانع قد زال ، والمقتضى قد حصل إلا ما كان من تصرف الأولياء في ماله ، فإنه يلزم بموجب الولاية التي لهم مع المصلحة ولا وجه لتخصيص ذلك بالأب .

قوله : « وإذا شرط على الشريك الحفظ الخ » .

أقول : ذكر في هذا الباب غير مناسب ، ومحله كتاب الشركة لأنه كلام في شرط الضمان من أحد الشريكين على الآخر ، وبالوجه أنه إذا قبل الشرط لزمه الحفظ ، ولزمه

---

(١) في الأصل المخطوط « قد » ... وصححت على ما تقتضيه القواعد .

الضمان ، وأما قوله كالمشترك فلا وجه لما عرفت في الأجير المشترك من أنه اجير على العمل لا على الحفظ .

فصل

والأُجْرَة في الصَّحيحة تُمْلك بالعَقْد ، فيَتْبعها أحكام المِلْك ، وتَسْتقرّ بمُضيّ المُدَّة ، وتُسْتحق بالتَّعْجيل ، أو شَرْطِه ، أو تَسْلِيم العمل ، أو اسْتِيفَاء المنافع ، أو التَّمكّن مِنْها بِلَا مَانِعٍ ، والحاكُم فيها يُجْبِر الممتنعَ ، ويصح بَعْضُ المَحْمولِ ونَحْوُه بَعْدَ الحَمْل ، قِيل لَا المَعْمُول بعد العَمَل ، وفي الفَاسِدة لا يُجْبَر ولا تُسْتَحق وهي أُجرة المثل إلا باستيفاء المنافع في الأَعْيَان ، وتَسْليم العمل في المُشْترك .

قوله : « فصل والأجرة في الصحيحة تملك بالعقد » .

أقول : ليس على هذا أثارة من علم ، والأجير المستأجر على عمل لا يستحق أجره إلا بالعمل الذي استؤجر عليه ، هذا معلوم بالعقل ، ولم يرد في الشرع ما يخالفه بل ورد ما يقويه ويعضده فأخرج البخاري[1] وغيره من حديث أبي هريرة قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يَقُولُ اللهُ عزَّ وجلّ : ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهم يَوْمَ القِيَامَةِ ، ومَنْ كُنْتُ خَصْمَهُ خصَمْتُه : رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا وَأَكَلَ ثَمَنَهُ ، ورَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُوَفِّهِ أَجْرَهُ » فقوله فاستوفى منه يدل على أن الأجرة إنما تستحق باستيفاء العمل فيما استؤجر عليه وأخرج أحمد[2] والبزار من حديث أبي هريرة أيضاً عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم : « أَنّه يُغْفَرُ لِأُمَّتِهِ فِي آخِرِ لَيْلَةٍ مِنْ رَمَضَانَ . قيل : يَا رسولَ اللهِ أَهِيَ لَيْلَةُ القَدْرِ ؟ قال : لَا وَلَكِنْ الْعَامِلُ إِنَّمَا يُوَفَّى أَجْرَه إِذَا قَضَى عَمَلَهُ » فقوله إنما يوفى أجره إذا قضي عمله دليل على ما ذكرناه فلا وجه لقوله فتتبعها

(١) الحديث رواه أحمد أيضا ... وقوله « أعطى بي ثم غدر » على تقدير مفعول محذوف أي أعطى يمينه بي .. بمعنى عاهد وحلف بالله ثم لم يف . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٣١ .

(٢) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٣٢ .

أحكام الملك وما بعده لأنه تفريع على أصل منهار .

وأما قوله : « وتسليم العمل واستيفاء المنافع » فصحيح ، وهكذا قوله أو التمكن منها بلا مانع لأن المؤجر لها قد فعل ما يجب عليه فإذا أفرط المستأجر فقد أتى من قبل نفسه . إلا أن يكون تركه رغوباً عن الدخول في الإجارة ، ولم يكن قدحصل على المؤجر نقص ولا استغراق مدة فله ذلك .

وأما قوله : « والحاكم فيها يجبر الممتنع » فقد عرفناك أن الأجير والمؤجر إنما يستحقان الأجرة إذا فرغ الأجير من عمله ، وفرغ المستأجر من استيفاء المنفعة التي أستأجر العين لأجلها ، فإذا ترك فلا أجرة ولا إجبار .

قوله : « ويصح بعض المحمول ونحوه بعد الحمل » .

أقول : الحكم بصحة هذا ظاهر لعدم المانع من ذلك لا شرعاً ولا عقلاً .

وأما قوله : « قيل لا المعمول بعد العمل » فقد استُدِل على ذلك بما أخرجه الدارقطني والبيهقي[1] من حديث أبي سعيد قال : « نَهَى النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم عَن عَسَبِ الفَحْلِ وَعَنْ قَفِيزِ الطَّحَّانِ » قال ابن تيمية في المنتقى : « وقد فسر قوم قفيز الطّحان بطحن الطعام بجزء منه مطحوناً لما فيه من استحقاق [طحن] قدر الأجرة لكل واحد منهما على الآخر وذلك متناقض ، وقيل لا بأس به مع العلم بقدره وإنما المنهى عنه طحن الصُّبرة لا يعلم قَدْرها بقفيزٍ منها وإن شرط حبّاً لأن ما عداه مجهول فهو كبيعها إلا قفيزاً منها » انتهى . والتفسير الأول أقرب ، وعليه اقتصر صاحب النهاية[2] ولكن الحديث في إسناده هشام أبو كُلَيْب[3] قال ابن القطان : لا يعرف ، وكذا قال الذهبي ، وزاد وحديثه منكر ،

(١) الزيادة التي بين قوسين ... بعد الرجوع إلى عبارة ابن تيمية في المنتقي . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٥٩ . كما يرجع إلى السنن الكبرى للبيهقي ٥/٣٣٩ .

(٢) عبارة النهاية : هو أن يستأجر رجلا ليطحن له حنطة معلومة بقفيز من دقيقها ... والقفيز مكيال يتواضع الناس عليه ... وهو عند أهل العراق ثمانية مكاكيك . النهاية لابن الأثير ٣/٢٦٨ .

(٣) الميزان ٤/٣٠٦ .

وقال ابن تيمية حفيد مصنف المنتقى : إنه حديث ضعيف بل باطل ، فإن المدينة لم يكن فيها طحان ولا خباز لعدم حاجتهم إلى ذلك انتهى ، ولكنه قال مَغْلطاي إن هشاماً المذكور ثقة وأورده ابن حبان في الثقات ، فليس الحديث بعد هذا يضعف فضلاً عن أن يكون باطلاً ، والرجوع إلى العمل به أولى من ظلمات الرأي وتخبطات الاجتهاد ، ويقاس المحمول على المعمول لأن العلة كائنة في المحمول كما في المعمول ، ولا عذر لمن عمل بمثل هذا القياس ، وبما هو أضعف منه من العمل به هاهنا .

وأما قوله : « وفي الفاسد » الخ فقد عرفناك غير مرة أن تخصيص ما يسمونه فاسداً بأحكام مخصوصة هو من باب ترتيب الباطل على الباطل ، وتفريع ما لا أصل لـه على ما لا أصل له ، وقد أوضحنا هذا في مواضع من هذا الكتاب .

فصل

وَلَا تَسْقُط بِجَحْد المَعْمُول فِيهِ في الصَّحِيحَةِ مُطْلَقاً ، وفي الفاسِدَة إن عَمِل قَبْله ، وتَسْقُط في الصَّحِيحة بِتَرك المَقْصُود ، وإن فَعَل المُقَدِّمات وبَعْضُها بِتَرْك البَعْضِ [1] ، ومَنْ خَالَفَ في صِفة للعمل بِلا اسْتِهْلاك أو فِي المدّة لِتَـهْوِين أَوْ عَـكْسه فَلَهُ الأقلّ أجِيراً وعليه الأكثر مستأجِراً .

قوله : « فصل : ولا يسقط بجحد المعمول فيه الخ » .

أقول : هذا مبني على ما تقدم له من أن الأجرة تستحق بالعقد ، وقد عرفناك أنها لا تستحق إلا بالعمل وهو الذي دل عليه الدليل ، وأما الفرق بين الصحيحة والفاسدة فمن الأمور التي لم تدل عليها رواية ولا رأي .

---

(١) يسقط من الأجرة بعضها إذا ترك البعض من المقصود . شرح الأزهار ٣/٢٩١ .

وأما قوله : « ويسقط في الصحيحة بترك المقصود » فوجهه أن المستأجر لم يقصد بالاستئجار ودفع الأجرة إلا ذلك ، فإن فات لم يبق مقيض لاستحقاق الأجرة . ولا فرق بين الصحيحة والفاسدة ، فلا وجه لقوله في الصحيحة ، وأما المقدمات فليس من العدل أن يهمل عمل الأجير فيها ، لأنه عمل بأمر المستأجر ولا سيما إذا كانت تلك المقدمات لا يمكن الوصول إلى المقصود إلا بها ، فللأجير أجرة ما فعله بحسب ما يقدّره من له خبرة بذلك العمل ، وليس هاهنا ما يدل على سقوط الأجرة عليها ، فوجب الرجوع إلى كونها مفعولة بأمر المستأجر فكان عليه الأجرة وإلا كان ذلك من إتعاب الغير واستغراق منافعه بلا شيء ، وذلك ظلم ، وأما استحقاق بعض الأجرة بفعل البعض من المقصود وسقوط بعضها بترك البعض فظاهر .

قوله : « ومن خالف في صفة للعمل » .

أقول : الأجير إذا خالف ففعل غير ما أمره به المستأجر فلا يستحق أجرة في عمله لأنه لم يفعل ما أمره به ، وإذا حصل في العين بسبب المخالفة نقص كان على الأجير الأرش إن حصل بالمخالفة زيادة لم يكن على المستأجر شيء بل يأخذ العين بزيادتها . إذا لم يمكن فصلها لتعديه ومخالفته ، وأما المخالفة من المستأجر للعين بأنه يلزمه أجرة الزيادة في المسافة أو الحمل أو نحوهما هكذا ينبغي أن يقال لا كما قال المصنف .

فصل

ولكلٍّ منهما فَسْخُ الفَاسِدَةِ المجْمَعِ على فَسَادِهَا بِلَا حَاكِمٍ ، والصَّحيحةِ بأَربعة : للرُّؤية ، والعَيْب وبُطْلَان المَنْفعةِ ، والعُذْر الزَّائِل مَعَه الغَرَض بعَقْدِها ، ومنه مَرَضُ مَنْ لَا يقومُ بِهِ إلا الأجيرُ[1] والحَاجَةُ إلى ثمنه وَنِكاح مَنْ يَمْنعها الزَّوج ، ولا تَنْفسخ بموت

(١) من الاعذار التي تبيح فسخ الإجارة الصحيحة ... مرض من لا يقوم به إلا الأجير .... كأن يؤجر نفسه ثم يمرض ولده وهو لا يجد من يقوم به في مرضه إلا هو . شرح الأزهار ٣/٢٩٤ .

أيِّهما (غالباً) وَلا بِحَاجَةِ المالك إلى العَيْن ، ولا بِجَهْل قَدْر مسافةِ جهةٍ وكتابٍ ذكر لقبهما لِلْبَرِيد والنَّاسِخ .

قوله : « فصل ولكل منهما فسخ الفاسدة الخ » .

أقول : إذا حصل التراضي على مدة معلومة بأجرة معلومة فهذه هي الإجارة الصحيحة وهي من هذه الحيثية داخلة تحت قوله سبحانه : [1] (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) وإذا لم يحصل هذا التراضي فلا إجارة من الأصل ، وإذا عرفت أن حاصل هذا التراضي هو جعل الأجرة في مقابل تلك المنفعة في تلك المدة مع كون العين ومنافعها باقية في ملك المالك فإذا قال المالك بعد أن وقع الاستغراق لبعض المنافع قد رغبت عن هذه الإجارة أو قال مستأجر العين أو المؤجر لنفسه قد رغبت عن ذلك فهل من دليل يدل على إلزام من رغب بالوفاء فإن الرغوب إن كان من جهة المالك فقد رضي بترك الأجرة المقابلة لما بقي من المدة ، وإن كان من جهة من عليه الأجرة فقد رضي بترك المنفعة للمقابلة لما بقي من الأجرة ، ولا يصح قياس الإجارة على البيع فإن التراضي في البيع قد خرج به المبيع عن ملك بائعه إلى ملك مشتريه بالثمن المتواطىء عليه ، وها هنا لا خروج بل المنفعة باقية في ملك مالك العين ، واستحقاق الأجرة إنما هو بحسب ما قد استغرقه من المنافع في وقت بعد وقت ، فإذا لم يدل دليل على لزوم الاستمرار من الجهتين جاز لكل واحد تركها متى شاء ، وقد أخذ صاحب العين ما يقابل منفعته من الأجرة ، وأخذ من عليه الأجرة ما يقابل الأجرة اللازمة له من منفعة العين ، وإن كان ثم دليل على لزوم الاستمرار فما هو ، وإذا عرفت هذا هان عليك الخطب ، وسهل عليك التخلص من هذه التفريعات المبنية على شفا جرف هار ، المؤسسة على السراب المسندة إلى الهباء ، ومما يؤيد هذا البحث ويشد من عضده ما قدمنا لك من أن الأجرة إنما تستحق بالعمل في كل إجارة ، وإذا جاز التتارك بلا سبب في الإجارة الصحيحة فجواز الترك لرؤية أو عيب أو بطلان منفعة أو زوال غرض أو عروض عذر أو موت أو حاجة المالك إلى العين أولى وأحرى .

(١) تقدم ذكر الآية الكريمة ص ١٠ .

وأما قوله : « ولا بجهل قدر مسافة جهة » الخ فمن غرائب الاجتهاد ، فإن ذكر اللقب لا يرفع الجهالة للمقدار فكيف لا يجوز لأجير أن يترك الإجارة لهذا الجهل الذي يسوغ به ما هو أشد لزوماً من الإجارة كما قدمنا في الخيارات .

فصل

وتَـنْفذُ معَ الغَبْنِ الفَاحِشِ مِنْ رأْس المَالِ في الصِّحّة ، وإلا فَالغَبْن من الثُّلثِ[1] ، ولا يستحِقُّها المتبرع ولا الأَجِير حيث عَمِل غَـيْرُه لا عَنْه ، أو بَطَل عَمَلَهُ قَبْل التَّسْليم كمقْصُور أَلْقتْه الرِّيح في صِبْغ ، أَوْ أَمَرَ بالتَّسْوِيد فَحَمَّر ، ويَلزم من رَبَّى في غَصْبٍ مُمَيِّزاً أَو حُبِسَ فيه بالتَّخويِّف ، ومُسْتَعْمِل الصَّغِير فِي غَيْر المُعْتادِ ولَوْ أبا ، ويقَعُ عَـنْهَا إنفَاقُ الوَلِيِّ فَقَطْ بِنِيَّتِهَا (م)[2] وَلَوْ لَمْ تُقَارِن إن تقدَّمتْ ومُسْتعمل الكبيرِ مُكْرَهاً ، والعَبْدُ كالصّغير ، ويُضْمَنُ المُكْرَهُ مُطْلَقاً[3] ومَحْجُور انتقلَ رَاضِياً .

قوله : « فصل وينفذ مع الغبن الفاحش الخ » .

أقول : هذا قد لاحظ المصنف فيه ما يأتي في الوصايا من الفرق بين تصرف المالك حال صحته وحال مرضه ، والذي ينبغي اعتماده هنا أن الرضا بالزيادة المسماة غبناً قد صيرها بمنزلة الدين في تركة الميت وموته راضياً بها يؤكد كونها ديناً ، وأما الفرق بين تصرّف وتصرف وجعل التصرف في المرض المخوف موجباً لخروج ذلك من الثلث فسيأتي الكلام عليه إن شاء الله ، وأما كونه لا يستحق الأجرة المتبرع ومن عمل غيره لا عنه فظاهر لأنه لم يوجب السبب الذي يستحق به الأجرة ، وهكذا إذا بطل عمل الأجير فإنه صار بذلك

---

(١) إذا لم يكن التأجير واقعاً في الصحة بل في المرض فالغبن مستحق من ثلث تركته . شرح الأزهار ٣/٢٩٦ .

(٢) من استخدم الصغير وأنفق عليه بنية أجرته صح ذلك وإن كان ولياً له ولو أباً وتبقى نفقته ديناً في ذمته ... فإن لم يكن ولياً أو كان وليا ولكنه أنفق لابنه الأجرة لم تسقط ... وقال المؤيد بالله أحمد بن الحسين (ـ) ولو لم تقارن النية الاتفاق صح ذلك وأجزأ إن تقدمت عليه . شرح الأزهار ٣/٣٠٠ .

(٣) مطلقا : سواء كان العبد محجوراً أم مأذوناً ... صغيراً أم كبيراً . المصدر السابق .

وجوده كعدمه وهكذا من فعل غير ما أمر به .

وأما قوله : « وتلزم من رُبِّي في غَصْب مُميزاً » فوجهه أنه مع التمييز صار هو الغاصب . وقَبْل التمييز يكون الرجوع على من رباه ، ولكن كون هذا الحكم يلزم من لم يبلغ التكليف يحتاج إلى دليل ، وإذا كان الغصب كالجناية لزمت المميز وغير المميز .

وأما قوله : « أو حبس فيه بالتخويف » فذلك مبني على أنه لا يخاف من ذلك التخويف تلفاً ولا ضرراً ولا خرج به عن حد الاختيار ، وإلا كان الضمان على الحابس .

وأما قوله : « ومستعمل الصغير في غير المعتاد » فظاهر لأنه فعل باستعماله في غير ما يعتاده ما لا يبيحه الشرع فلزمته أجرته ، والظاهر أنها تلزم في المعتاد لأنه لم يأذن الشرع بذلك إلا إذا كان أبا وفعل ذلك على طريقة التدريب للصبي ، وتعليمه ما يعود عليه نفعه . فلا أجرة عليه لأنه مأذون له من جهة الشرع وبه جرت عادة أهل الإسلام قرناً بعد قرن وأما كونه يقع عنها إنفاق الولي فذلك لمكان الولاية الشرعية .

وأما قوله : « ومستعمل الكبير مكرهاً » فوجهه ظاهر .

وأما قوله : « والعبد كالصغير » فالأولى أن يكون له حكم الدابة إذا استعملها غير مالكها بغير إذنه فإنها تلزم الأجرة .

وأما قوله : « ويضمن المكره مطلقاً » فوجهه أنه صار غاصباً لمنافع من أكرهه .

وأما قوله : « ومحجوراً انتقل ولو راضياً » فينبغي أن يقال إن مستعمل العبد يضمن ما يقابل ذلك العمل من الأجرة سواء كان راضياً أم لا انتقل أو لم ينتقل ، لأنه أقدم على ملك الغير بغير إذنه وأي فائدة تتعلق برضا العبد أو انتقاله وهو ملك لغيره ، وهكذا لا فرق بين أن يكون محجوراً أو غير محجور ، ولكن هذه التفاصيل سببها الرجوع إلى قواعد هي عن القيام بالحجة قواعد .

فصل

وَيَكْرُه على العَمل المَكْرُوه ، وتَحْرُم عَلَى وَاجِبٍ أو محظور مَشْروط أو مُضْمر تَقدّم أو تَأَخّر (غَالِباً) فتصير كالغَصْب إلا في الأربعة[1] إن عَقَدا وَلَوْ عَلَى مُبَاح حِيلَةً . وإلا لَزِم التَّصدّق بِها ، ويُعمل في ذلك بالظّن . فإن التبس قَبْل قَوْل المُعطِي . ولو بعد قوله على المحظور .

قوله : « فصل ويكره على العمل المكروه » .

أقول : قد جعل بعض أهل العلم من العمل المكروه أجرةَ الحجّام . فإنه نهى عنها صلى الله عليه وسلم كما في حديث أبي هريرة[2] عند أحمد بإسناد رجاله رجال الصحيح . وسماه النبي صلى الله عليه وآله وسلم خَبِيثاً كما في حديث رافع[3] بن خَدِيج عند أحمد وأبي داود والترمذي وصححه وسماه صلى الله عليه وآله وسلم « شَرَّ المكاسب » كما في رواية للنسائي[4] من حديث رافع هذا ، وزَجَر صلى الله عليه وآله وسلم سَيِّد العبد الحجّام عن كسبه ورَخَّصَ لَهُ أنْ يَعْلِفَه نَاضِحَهُ كما في حديث مُحَيْصَة[5] بن مسعود عند أحمد برجال الصحيح وأخرجه أيضاً أبو داود والترمذي وقال حسن وثَبتَ عنه صلى الله عليه وآله وسلم[6] أنه « حَجَمَهُ أبو طَيْبَة » وأَعْطَاه صَاعَيْن مِنْ طَعَام وَكَلَّمَ مَوَالِيهِ فَخَفَّفُوا عَنْهُ ،

---

(١) الأربعة : هي الوجوه الأربعة التي تقدمت في البيع الباطل وهي أنه يطيب ربحه . ويبرأ من رد إليه . ولا أجرة إن لم يستعمل . ولا يتضيق الرد إلا بالطلب . شرح الأزهار ٣/٣٠٣ .

(٢) عن أبي هريرة : « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن كسب الحمام . ومهر البغي وثمن الكلب » أخرجه أيضا الطبراني في الأوسط ... والحازمي في الناسخ والمنسوخ ... وله شواهد . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣١٩ .

(٣) لفظه كما في المنتقي أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « كسب الحمام خبيث ومهر البغي خبيث وثمن الكلب خبيث والحديث أخرجه مسلم أيضاً . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣١٩ .

(٤) لفظ النسائي نقلا عن المنتقي : « شر المكاسب ثمن الكلب وكسب الحمام ومهر البغي » . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣١٩ .

(٥) عن محيصة بن مسعود : « أنه كان له غلام حجام ... فزجره النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن كسبه . فقال : ألا أطعمه أيتاما لي ؟ قال : لا ... قال : أفلا أتصدق به ؟ قال : لا ... فرخص له أن يعلفه ناضحة » ... وفي لفظ : « انه استأذن النبي صلى الله عليه وآله وسلم في إجارة الحجام ... فنهاه عنها ... ولم يزل يسأله فيها حتى قال : أعلفه ناضحتك أو أطعمه رقيقك » الحديث أخرجه أيضاً مالك وابن ماجه . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٢٠ .

(٦) حديث متفق عليه ويرجع إليه في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٢١ .

وهو في الصحيحين وغيرهما من حديث أنس ، وثبت أيضاً في الصحيحين[1] وغيرهما من حديث ابن عباس أنه صلى الله عليه وآله وسلم « حَجَمَهُ عَبْدٌ لِبَنِي بَيَاضَة وأَعْطَاه أَجْرَه وكلَّم سَيِّدَه فَخَفَّفَ عَنْهُ مِنْ ضَرِيبَتِه » فيجمع بين هذه الأحاديث بأن الأجرة على الحجامة مكروه ولكنه يبعد منه صلى الله عليه وآله وسلم أن يفعل المكروه أو يقرر صاحبه عليه ، وأما كونها تحرم على واجب أو محظور فقد تقدم دليله عند قول المصنف غير واجبة عليه ولا محظورة ، وأما تقييد ذلك بالشرط أو الإضمار فلا يظهر له وجه صحيح ، وأما كون الأجرة تصير كالغصب فوجهه أنه حرام فلا يحل لمن صار إليه أن ينتفع به بوجه من الوجوه .

وأما قوله : « إلا في الأربعة » فهي التي تقدمت في البيع حيث قال المصنف لكنه يطيب ربحه وتبرىء من رد إليه والأجرة إن لم يستعمل ، ولا يتضيق الرد إلا بالطلب وقد قدمنا الكلام عليها هنا لك .

وأما قوله : « إن عقد » فلا وجه له لأن الحرام حرام على كل حال .

وأما قوله : « وإلا لزم التصدق بها » فلا وجه له بل يجب الرد لمالكه ، فإن امتنع من قبوله وجب عليه أن يخلي بينه وبينه ، فإن شاء قبضه وإن شاء تركه لأن التصدق بمال الغير بغير إذنه لا يجوز ، وأما كونه يعمل بالظن عند اللبس فظاهر ، ولكن عروض اللبس في مثل هذا قليل الوقوع ، لأن المقاصد لا تخفي ، فإن كان في الذي دفع إليه المال ما يحتمل أن يكون دفعه إليه لوجه جائز ولوجه غير جائز فالمؤمنون وقافون عند الشبهات .

وأما قوله : « ولو بعد قوله عن المحظور » فليس بعد هذا القول شيء في الدلالة على مقصد المعطي فكيف يجوز الرجوع إلى الظن بعد أن وضح الأمر وأسفر الصبح لذي عينين .

---

(١) يرجع إلى لفظ الحديث في المنتقي ... وقد علق عليه ابن تيمية بقوله : « ولو كان سحتاً لم يعطه النبي صلى الله عليه وآله وسلم ... المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٢١ .

فصل

وَالبَيِّنةُ على مُدَّعِي أَطْولِ المُدَّتَيْن . وَمُضِيّ المُتَّفَقِ عَلَيْهَا . وعَلَى المُعَيِّـنِ لِلْمَعْمُولِ فِيهِ ، وعلَى المُشْتَرِك في قَدْرِ الأُجْرَةِ . وَردّ مَا صَنَعَ وَأنَّ المُتْلَف غَالِبٌ إن أَمكن البَيِّـنةُ عَلَيْه ، وعلى المالك في الإجارة ، والمخالَفَةِ (غالباً) وقيمةِ التَّالف والجِنَايةِ كالمُعَالجِ . وعلى المدَّعِي إِبَاقَ العَبْد بَعْضَ المُدَّة إنْ قَدْ رَجَعَ . والقولُ لِلْمُسْتأجر في الرَّد والعَيْن وقَدْر الأجرة قبل فيما تَسَلَّمه وَمَنَافِعَهُ . وإلا فللمالك ولمدّعي المُعْتَاد من العَمَل بها . ومَجَّاناً وإلا فِللْمَجَّان .

قوله : « فصل والبينة على مدعي أطول المدتين » .

أقول : وجهه أنه يدعي خلاف الظاهر ، لأن الأصل عدم الزيادة . وهكذا مدعي مضى المتفق عليها لأن الأصل عدم المضي ، وهكذا المعين للعموم فيه لأنه صار بالتعيين مدعياً .

وأما قوله : « وعلى المشترك في قدر الأجرة » فلا فرق بينه وبين الخاص في إيجاب البينة ، وقد عرفناك فيما سبق ما هو الحق الذي ينبغي اعتماده في تقسيم الأجير إلى خاص ومشترك فلا نعيده ، وهكذا البينة على مدعي أن المُتلَف غالب لكونه ادّعى ما يخالف الظاهر . والأولى أن يقال إن الأصل عدم الضمان كما قدمنا ، فالبينة على مدعي ما يوجب الضمان من جناية أو تفريط ، وأما كون البينة على المالك في الإجارة والمخالفة وقيمة التالف والجناية ومدعي إباق من قد رجع فظاهر ، لأن المدعي لذلك كله يدعي خلاف ما هو الظاهر .

وأما قوله : « والقول للمستأجر في الرد والعين وقدر الأجرة » فخلاف الصواب لأنه يدعي خلاف ما هو الأصل والظاهر ، فالبينة عليه ، والاستدلال على ذلك بكونه أميناً تركيب دعوى على دعوى ، وأما كون القول لمدعي المعتاد من العمل بأجرة أو بغير أجرة فصحيح لأن المادة مقصودة للمتعاملين بها فمن أدعى خلافها فالبينة عليه .

وأما قوله : « وإلا فللمجان » فوجهه أنه إذا لم تكن عادة تَعَيّن الرجوع إلى الأصل وهو عدم الأجرة .

فصل

ولا يَضْمَن المستأجِر والمُسْتَعِير والمُسْتَلِم مُطْلَقاً والمُشْتَرِك الغالِبُ إنْ لم يُضَمَّنُوا : ويَضْمَنُ المشْتَرِكُ غَيْرَ الْغَالِب ، والمُتَعَاطِي ، والبَائِع قَبْلَ التَّسْلِيم ، والمُرْتَهِن ، والغَاصِبُ ، وإن لم يُضَمَّنُوا ، وعَكْسُهم الخَاص ومُسْتَأجِرُ الآلة ضُمّن أثَر الاسْتِعْمال ، والمُضَارِبُ والوَدِيعُ والوَصِيّ والوكِيل والمُلْتَقِط ، وإذا أبْرِيء البَصِير من الخَطَأ ، والغَاصِبُ ، والمُشْتَرِك مُطْلَقاً بَرِئُوا ، لا المُتَعَاطِي ، والبَائِعُ قَبْلَ التَّسْلِيم ، والمُتَبَرِّيء مِنَ العُيُوب جُمْلَة والمُرْتَهِن صَحِيحاً .

قوله : « فصل ولا يضمن المستأجر الخ » .

أقول : قد عرفناك فيما سبق أن الأصل المعلوم بالشرع عصمة أموال العباد ، وأنها لا تحل إلا بوجه أوضح من شمس النهار ، فالحكم بالضمان على من لم يحكم عليه الشرع وهو مِنْ أكل أموال الناس بالباطل ، وَمِن الأمر بالمنكر ، ومن عكس ما جاءت به كليات الشريعة وجزئياتها ، وليس في المقام إلا مثل حديث[1] « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » وحديث[2] « أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنْ ائْتَمَنَكَ وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ » وقد قدمنا تخريجهما والكلام عليهما والتأدية واجبة في كل مأخوذ ، فإن فعل بريء ، وإن لم يفعل ضمن إن تسبب سبب يوجب الضمان من جناية أو تفريط لا إذا كان التلف بغير هذين الوجهين ، فإنه لم يرد ما يدل على تضييق إيجاب التأدية على أن لا يقال إنه قد تعدى بالتراخي ، أو فرط بعدم الرد فوراً بل التفريط أن يترك الدابة مثلاً في مكان تدخله السباع أو ينتابه اللصوص مع وجود موضع يحفظها فيه ، وما يشابه ذلك من الأمور التي يتحقق فيها التفريط .

وأما قوله : « إن لم يضمنوا » فصحيح لأنهم إذا رضوا بذلك وقبلوه فمن أنفسهم أُتوا وفي سوء اختيارهم وقعوا وأما المتعاطي فهو جرّ إلى نفسه الضمان بسبب تعاطيه ، لأنه

---

(١) مر الحديث ص ١٤٨ .

(٢) مر الحديث ص ١٤٦ .

كان في غنى عن ذلك ، وإقدامه على ما لا بَصَرَ له فيه جناية وخيانة ، وأما البائع قبل التسليم فقد تقدم الكلام عليه ، وأما المرتهن فسيأتي الكلام عليه إن شاء الله ، وأما الغاصب فظاهر ، وسيأتي أيضاً .

وأما قوله : « وإن لم يضمنوا » فلكون الضمان إذا قد ثبت بالشرع لم يحتج إلى التضمين .

وأما قوله : « وعكسهم الخاص » الخ فهؤلاء لا فرق بينهم وبين من تقدم في أول الفصل أنها تجب عليهم التأدية ، ولا يُضمنون إلا لِجناية أو تفريطوإذا ضمنوا ضمنوا لأنهم قد اختاروا ذلك لأنفسهم ، والتراضي هو المناط في تحليل أموال العباد .

وأما قوله : « وإذا بريء البصير من الخطأ » الخ فوجهه ظاهر ، فإن الإبراء يسقط ضمان المخطيء والغاصب فضلاً عن المشترك لأنه قد رضي لنفسه بإسقاط ما يلزم له بالشرع ، وذلك سبب محلل لماله ، ومسوغ لغيره أن يتملكه ، ومبطل لضمان الجناية بخطأ البصير ، ولكن كون البصير يضمن ما وقع من الخطأ فيه ما فيه لأن بصره يدفع عنه معرّة التضمين بما أخطأ فيه فلا يحتاج إلى إبراء .

وأما قوله : « لا المتعاطي والبائع قبل التسليم » فغير ظاهر ، لأن الإبراء كما قدمنا محلل مُخَلِّصٌ لمن عليه الضمان من الضمانة ، وأما ما عللوا به المنع من إبراء المتعاطي بأنه عامد فإن كان العمل الذي تعاطى فيه مما لا يستباح بالإباحة فلا بأس ، وأما ما عللوا به عدم صحة إبراء البائع قبل التسليم من الضمان بقولهم إنه لا يصح إسقاط ضمان الأعيان ، فما أبرد هذا التعليل ، وأبعده عن قواعد الشرع ، فإن مالك العين إذا طابت نفسه عنها حلت ، وهي باقية بعينها ، فكيف لا يحل الإبراء من ضمانها وسيأتي إن شاء الله في باب الإبراء ما يدفع هذا الخيال ، ويبدد شمل هذا الإشكال ، وأما عدم صحة إبراء المتبريء من العيوب جملة فمن غرائب الرأي وساقط الاجتهاد ، لا سيما إذا كان المبريء مِمّن يعرف العيوب ويتعلقها ، فالإبراء من جميعها كالإبراء من كل واحد منها ، وأعجب من هذا وأغرب

عدم صحة إبراء المرتهن ، فإنه لا يوجد لهذا المنع وجه يقبله من له عقل ، فضلاً عمن له علم ، والحاصل أن العالم العارف بقواعد الشرع إذا مرت به هذه المسائل المدونة في هذه الفصول وأمثالها لم يسعه إلا تكرير الاسترجاع ، وربما يقوم في وجهه من يريد تقويم الباطل فيقول له لا إنكار في مسائل الاجتهاد ، فيقال له ومتى فوّض الله من يدعي الاجتهاد على الشريعة التي أنزلها على رسوله وجعله حاكماً فيها بما شاء وعلى ما شاء ، فإن هذه نَبْوةٌ لا إجتهاد وشريعة حادثه غير الشريعة الأولى ، ولم يُرسل الله سبحانه إلى هذه الأمة إلا رسولاً واحداً ، وأما ما تقدم للمصنف في المقدمة من أن كل مجتهد مُصيب ، فقد قدمنا بيانه وذكرنا مراد القائل به ، وأما ما سيأتي للمصنف في السير من أنه لا إنكار في مختلف فيه على من هو مذهبه فتلك مقالة تستلزم طَيّ بِسَاط غالب الشريعة ، وسيأتي إن شاء الله تعالى بيان بطلانه .

باب المزارعة

فصل

صَحِيحُهَا أن يُكرِي بَعْضَ الأَرْض ، ويَسْتَأجرَ المُكتري بذلك الكِرَاء أَوْ غَيْرِه عَلَى عَمَلِ الْبَاقِي مُرَتّباً[1] ، أو نَحْوه مُسْتَكْمِلاً لشروط الإجَارة ، وإلا فَسَدَتْ كالمُخَابَرَةِ، الزَّرعُ في الفَاسِدَةِ لربّ البَذْرِ وعليه أُجْرَةُ الأرض ، أَوْ العَمَل . ويجوز التَّرَاضِي بما وَقَع به العَقْد ، وبَذْر الطَّعَام الغَصْب اسْتِهْلاك ، فَيَغْرَم مثله ، ويملك غلَّته ويُعشرها ، ويَطِلبُ له الباقي كما لو غَصَب الأَرض والبذر له أو غَصَبَهُمَا .

قوله : « فصل صحيحها أن يكري بعض الأرض .. الخ » .

أقول : المزارعة هي تأجير الأرض فالعجب من المصنف رحمه الله حيث جعل صحيحها هذه الصور الخاصة التي لم يرد بها شيء من الأدلة مع كثرة ما ورد في المزارعة فإن منها تأجير الأرض بالذهب والفضة كما في حديث رافع بن خديج في الصحيحين[2] وغيرهما قال : « كُنَّا أَكْثَرَ الأَنْصَارِ حَقْلاً فَكُنَّا نُكْرِي الأَرْضَ عَلَى أَنَّ لَنَا هَذِهِ وَلَهُمْ هَذِهِ ، فربَّما أَخْرَجَتْ هَذه ولَمْ تُخْرِجْ هَذِهِ ، فَنَهَانَا عَنْ ذَلِكَ فأمّا الوَرِقُ فَلَمْ يَنْهَنَا » وفي لفظ للبخاري[3] « فَأَمّا الذَّهَبُ والوَرِقُ فَلَمْ يَكُنْ يَوْمَئِذٍ » ، وكان الأولى للمصنف أن يتكلم على ما لا يصح منها ثم يقول ، ويصح ما عدا ذلك ، وأعلم أن الكلام في تأجير بجزء مما يخرج منها يطول جداً ، وقد أفردنا ذلك برسالة مستقلة لكثرة الأحاديث ، واختلافها

---

(١) الترتيب أن يقدم تأجير بعض الأرض على الاستئجار على عمل الباقي وإلا لم يصح لأنه إذا بإجارة بعض الأرض كان المستأجر كالمالك ... إما أن يزرعا معا أو يتقاسما ... فأما لو عكس لم يصح لأنه لا يمكنه تسليم العمل عقيب عقده الإجاره . شرح الأزهار ٣/٣١١ .

(٢) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٠٩ . صحيح البخاري ٣/٣١٨ .

(٣) يرجع إلى لفظه في الصحيح ٣/٣١٧ . والمنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٠٩ .

وذكرنا في شرح المنتقى[1] ما لا يحتاج الناظر فيه إلى غيره بعد إمعان النظر فيه ، والحاصل أنه قد ثبت في الصحيحين[2] وغيرهما من حديث ابن عمر « أَنَّ النبي صلى الله عليه وسلم عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ » وفي لفظ « له فيهما[3] » وَلَهُم نِصْفُ الثَّمَرَةِ » وأخرج البخاري[4] من حديث أبي هريرة قال : « قَالَتْ الأَنْصَارُ لِلنَّبِي صلى الله عليه وآله وسلم اقْسِمْ بَيْنَنَا وبَيْنَ إِخْوَانِنَا النَّخْلَ . قال : لا . فقالوا : تَكْفُونَنَا الْعَمَلَ وَنَشْرَكُكُمْ فِي الثَّمَرَةِ فقالوا : سَمِعْنَا وأَطَعْنَا » وفي الباب أحاديث في ثبوت الاستئجار بجزء من الخارج من الأرض ، ثم ثبت ما يدل على استمرار هذا التأجير بجزء مما يخرج من الأرض حتى قال البخاري[5] : « قال قيس بن مسلم عن أبي جعفر قال : ما بِالمدِينَةِ أَهْلُ بَيْتِ هِجْرَةٍ إِلَّا يَزْرَعُون عَلَى الثُّلثِ والرُّبعِ » ثم ثبت بعدهذا النهي عن المخابرة كما في الصحيحين[6] وغيرهما من حديث جابر أَنَّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم « نَهَى عَنْ الْمُخَابَرَةِ » وفَسَّرَها[7] جابرٌ بالمثلث والربع وورد أَنَّ المَنْهِيَّ عنه[8] إنما هو ما كان فيه جهالة ، كما أخرج البخاري[9] ومسلم وغيرهما من حديث رافع بن خَدِيج قال : « كُنَّا أَكْثَرَ الأَنصَارِ حَقْلاً فكنَّا نُكْرِي الأَرْضَ على أَنَّ لنا هذه ولهم هَذِهِ فربَّما أَخْرَجَتْ هذه ولم تُخْرِج هذه فَنَهَانَا عَنْ ذَلك » وفي لَفظ لمسلم[10] من حديثه « إِنَّمَا كَانَ النَّاسُ يُؤَاجِرُونَ عَلَى

---

(١) يرجع إلى ما علق به الشوكاني على الأحاديث التي أوردها صاحب المنتقى في كتاب المساقاة والمزارعة . نيل الأوطار على المنتقى ٥/٣٠٦ وما بعدها .

(٢) الحديث رواه الجماعة وأورده في المنتقى ٥/٣٠٦ . صحيح البخاري ٣/١٣٨ .

(٣) الحديث متفق عليه ... وقد أورده في المنتقى بلفظ : « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لما ظهر على خيبر سألته اليهود أن يقرهم على أن يكفوه عملها ولهم نصف الثمرة ... فقال لهم : نقركم بها على ذلك ما شئنا » . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٠٦ . صحيح البخاري ٣/١٤٠ .

(٤) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٠٦ . صحيح البخاري ٣/١٣٦ .

(٥) تمام كلام البخاري : « وزارع علي وسعد بن مالك . وعبد الله بن مسعود.. وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل عمر وآل علي وابن سيرين » . صحيح البخاري ٣/١٣٧ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٠٧ .

(٦) يرجع إلى الأحاديث الثلاثة المروية عن جابر ... والمتفق عليها ... وقد أوردها في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٩٨ .

(٧) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٩٨ .

(٨) سيأتي ذلك في حديث رافع بن خديج عند مسلم .

(٩) مر الحديث في الصفحة السابقة ٦٤ .

(١٠) الحديث رواه أيضاً أبو داود والنسائي ... والماذيانات بكسر الذال وتفتح في غير مسلم ما ينبت على حافتي سيل الماء أو ما ينبت حول السواقي وأقبال الجداول أوائلها ورؤسها والجداول جمع جدول وهو النهر الصغير كالساقية . ويرجع إلى الحديث

عهْد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بِمَا عَلَى المَاذِيَانَات وأَقْبَالِ الْجَدَاوِلِ وأَشْيَاء من الزَّرْعِ فَيَهْلِكَ هَذَا وَيَسْلَمَ هَذَا وَيَسْلَم هَذا ويَهْلِكَ هَذَا ، ولَمْ يَكُنْ لِلنَّاس كِرًى إِلَّا هَذَا ، فلذلِكَ زَجَرَ عَنْهُ فأمَّا شَيْءٌ مَعْلُوم مَضْمُون فَلَا بَأْسَ بِهِ » وفي لفظ للبخاري [1] من حديثه نَحْوه ، وفي لفظ للبخاري [2] أيضاً من حديثه قال : « حَدَّثَنِي عَمَّايَ أَنَّهُمَا كَانَا يُكْرِيَانِ الأَرْضَ عَلَى عَهْدِ رسولِ اللهِ صلى الله عليه وآله وسلم بِمَا يَنْبُتُ عَلَى الأَرْبعَاءِ وَبِشَيْءٍ يَسْتَثْنِيهِ صَاحِبُ الأَرْضِ فَنَهى النَّبِيُّ صلى الله عليه وآله وسلم عَنْ ذَلِكَ » فهذا الحديث يدل على أن سبب النهي هو هذا ، ووجه ذلك الجهالة ، وتجويز عدم حصول ما ينبت في المكان الذي كان التأجير على ما يخرج منه وعليه يحمل ما ورد من طلق النهي عن المخابرة كما في حديث جابر ، وفي بعض روايات حديث رافع أو تحمل النهي على الكراهة كما يفيد ذلك حديث ابن عباس عند البخاري [3] وغيره عن عَمْرو بن دِينَارٍ قال : « قُلْتُ لِطَاوُس لو تَرَكْتَ المُخَابَرَةَ فَإِنَّهُم يَزْعُمُونَ أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وآله وسلم نَهى عَنْهَا فقال : إنَّ أَعْلَمَهُمْ ـ يَعْنِي ابْنَ عَبَّاسٍ ـ أَخْبَرنِي أَنَّ النبيَّ لَمْ يَنْهَ عَنْهَا ، وقَالَ لأَنْ يَمْنَح أَحَدُكُم أَخَاهُ خَيْرٌ له مِنْ أَنْ يَأْخُذَ عَلَيْهَا خَرَاجاً مَعْلُوماً » وأخرج الترمذي [4] وصححه عن ابن عباس أيضاً « أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وآله وسلم لَمْ يُحَرِّمْ المُزَارَعَةَ وَلكِنْ أَمَرَ أَنْ يَرْفُقَ بَعْضُهم بِبَعْضٍ » وفي الصحيحين [5] وغيرهما من حديث أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ لِيُحْرِثْهَا أَخَاهُ فَإِن أَبَى فَلْيُمْسِكْ أَرْضَهُ » قال صاحب المنتقى بعد ذكره لحديث أبي هريرة هذا : « وبالإجماع تجوز الإجارة ولا تجب الإعارة فعُلم أنه أراد الندب » انتهى .. وبهذا تعرف الكلام على قول المصنف وإلا فسدت كالمخابرة .

= في صحيح مسلم ٣/١١٨٣ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٠٩ .

(١) صحيح البخاري ٣/١٣٨ .

(٢) الأربعاء : جمع ربيع ... كنبي وأنبياء ... والحديث رواه أيضاً أحمد والنسائي ولفظ البخاري : « كانوا يكرون » . صحيح البخاري ٣/١٤٢ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣١٠ .

(٣) الحديث رواه أيضا أحمد وابن ماجه وأبو داود . صحيح البخاري ٣/١٣٨ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣١٤ .

(٤) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣١٤ .

(٥) المنتقي بشرح نيل الأ طار ٥/٣١٤ . صحيح البخاري ٣/١٤١ .

وأما قوله : «والزرع في الفاسدة لرب البذر وعليه أجرة الأرض أو العمل» فوجه استحقاق الباذر للزرع إذا كان هو الأجير أنه بذر بإذن المالك ، ومجرد كون المزارعة فاسدة لا يبطل الإذن الذي ساغ به البذر وصار له لأجله الزرع ، وأما إذا كان بغير أذن فالزرع لصاحب الأرض كما في حديث رافع بن خَدِيج [1] «أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وآله وسلم قَالَ : مَنْ زَرَعَ أَرْضَ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ وَلَهُ نَفَقَتُهُ» وسيأتي هذا الحديث ، والكلام عليه في الغصب ، وأما إذا كان الباذر هو مالك الأرض فالظاهر أن الزرع له وعليه أجرة العمل للعامل لأنه عمل بإذنه .

وأما قوله : «ويجوز التراضي بما وقع به العقد» فظاهر لا يحتاج إلى التدوين لأن التراضي يصحح كل معاملة إلا ما كانت محرمة في نفسها ، وهكذا قوله : «وبذر الطعام الغصب استهلاكٌ فيغرم مثله» ووجهه أنه لا يمكن بعد هذا الاستهلاك إرجاع العين فَيُعْدَل إلى المثل إنْ وُجِدَ وَإِلَّا فالقيمة ، وأما كونه يملك غلته فلا بد أن يكون الغاصب له بَذَرَ بِهِ في أرض نفسه لا في أرض غيره كما تقدم في حديث رافع بن خَدِيج ، فلا وجه لتشبيهه بقوله كما لو غصب الأرض والبذر له ، فإن غاصب الأرض لا يستحق من زرعها شيئاً وله قيمة بذره وسيأتي الكلام على هذا في كتاب الغصب إن شاء الله تعالى .

---

(١) الحديث رواه الخمسة إلا النسائي ... وقال البخاري هو حديث حسن ... ولكن الخطابي في معالم السنن ضعفه . وقال لا يثبت عند أهل المعرفة بالحديث ... ونقل أن عطاء لم يسمع من رافع بن خديج شيئاً وأن البخاري ضعف الحديث كما نقل . في الوقت نفسه أن الترمذي وابن ماجه أخرجاه ... وأن الترمذي قال : إنه حديث حسن غريب ... وقد سأل البخاري عنه فقال هو حديث حسن ..

وقد تعقبه ابن القيم الجوزية في التهذيب بقوله : وليس مع ضعف الحديث حجة على أننا نحيل الدارس إلى استيفاء ما قاله المحدثون عن هذا الحديث في مختصر وشرح وتهذيب سنن أبي داود ٥/٦٤ ونيل الأوطار على المنتقي ٥/٣٥٩ .

فصل

وَالْمُغَارَسَةُ الصَّحِيحَةُ أَنْ يَسْتَاجِرَ مَنْ يَغْرِسُ لَهُ أَشْجَاراً يَمْلِكُهَا وَيُصْلِحَ وَيَحْفُر مُدَّةً بِأجْرَة وَلَوْ من الأَرْضِ أو الشَّجَرِ أو الثَّمَرِ الصَّالِحِ مَعْلُومَاتٍ[1] وإلَّا ففاسدة وإن اخْتَلَفَ الحُكْم ، وكَذلك مَا أَشْبَهَهَا إلا ما خَصَّه الإجْمَاع ، وما وُضِعَ بِتَعَدّ مِنْ غَرْسٍ أَوْ غَيْرِه ثُم تُنُوسِخَ فَأُجْرَتُه وإعْنَاتُه علَى الوَاضِعِ لَا الْمَالِك في الأَصحّ وإذا انْفَسَخَتْ الفاسِدَةُ فَلِذِي الغَرْس الخياران وفي الزَّرع الثَّلاثَة[2] .

قوله : « فصل والمغارسة الصحيحة .. الخ) .

أقول : المغارسة نوع من أنواع الإجارات ، فإذا حصل التراضي على غرس أشجار معلومة حتى تبلغ إلى حد معلوم صح أن يكون ذلك بأجرة معلومة من غير الأرض ، أو بجزء من الأرض أو من الشجر ، وأما جعل الأجرة من الثمر فلا بد أن يكون قد بلغ إلى حد الصلاح ، لأن علة النهي المتقدمة في البيع حاصلة هنا ، وأما اشتراط ذكر الإصلاح والحفر فلا حاجة إليه لأن نبات الشجر لا بد أن يكون بحفر وسقي وإصلاح فهو من لازم إطلاق المغارسة ، ويغني عن ذلك ما قدمنا من ذكر بلوغ الشجر المغروسة إلى حد معلوم ، فإن لم يذكر هذا لم يكن للغارس إلا ما غرمه في الغرس والإصلاح ، لأن استحقاق الأجرة المسماة لا يكون إلا على عمل معلوم لا مجهول .

وأما قوله : « إلا ما خصه الإجماع » فهو استثناء من قوله يملكها أي إلا ما أجمع عليه الناس من عدم اشتراط كون رب الأرض يملك تلك الأعيان ، ومراده بالإجماع إجماع أهل تلك الناحية التي وقعت فيها المغارسة لا الإجماع الأكبر .

---

(١) لا بد أن تكون مدة الاصلاح وقدر الحفر طولا وعرضا وعمقا وقدر الأجرة معلومات وأن لم تكن هذه الأشياء معلومة جميعا ففاسدة . شرح الأزهار ٣/٣١٦ .

(٢) إذا انفسخت الفاسدة ... فلذي الغرس الخياران ... وهي إن شاء فرغ الأرض بقلع الغرس ورجع بنقصانها ... وإن شاء تركها لرب الأرض وطلب قيمتها قائمة ليس لها حق البقاء .... وفي الزرع الخيارات الثلاثة ... وهي الخياران السابقان ... والخيار الثالث هو تبقية الأرض بالأجرة إلى الحصاد . المصدر السابق .

وأما قوله : « وما وضع بتعد .. الخ » فوجهه ظاهر لأن الغاصب هو الواضع فيده هي اليد العدوانية ولا فعل من مالك المتاع يوجب ضمانة ، وسواء تنوسخ أو بقي في ملك مالكه الأول .

وأما قوله : « وإذا انفسخت الفاسدة » الخ فهذا مبني على أنه حدث ما يمنع المضي في المغارسة أو اختار الترك وإلا فلا فساد ولا انفساخ بغير أحد الأمرين المذكورين .

فصل

وَالمُسَاقَاةُ الصَّحِيحَةُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ لِإِصْلَاحِ الْغَرْسِ كَمَا مَرّ والقولُ لِرَبّ الأَرض في القَدْر المُؤَجَر ونَفْي الإِذْن وَلِذِي اليَدِ عَلَيْهَا فِي البَذْر .

قوله : (فصل والمساقاة الصحيحة الخ » .

أقول : إذا كان الغارس مالك الأرض ثم أستأجر من يصلح له ذلك الغرس بالسقي إلى أن يبلغ حداً معلوماً فهذه الإجارة يسميها أهل الفروع مساقاة .

وأما قوله : « والقول لرب الأرض في القدر » فلا وجه له بل القول قول نافي الزيادة ، والبينة على مدعيها ، وأما في بقاء الإذن فالقول قول المالك لأن الأصل بقاؤه ، وأما إذا أدعاه الأجير فلا يكون القول قوله لأن المالك ينكره في الحال ، وهو صاحب الإذن ، وأما إذا ادعاه الأجير في وقت قد مضى فالقول قوله لأن الأصل عدم ارتفاعه قبل الاختلاف .

وأما قوله : « ولذي اليد عليها في البذر » فوجهه أن ثبوت اليد يكون الظاهر مع صاحبه لأن بذرها نوع من من تصرفاته إلى تصرف فيها عند ذلك الثبوت .

باب الاحياء والتحجر

فصل

وَلِلْمُسْلِمِ فَقَطْ الاسْتِقْلَالُ بِإِحْيَاءِ أَرْضٍ لَمْ يَمْلِكْهَا ، ولَا تَحَجَّرَهَا مُسْلمٌ وَلَا تَعَلَّق بِهَا حَقّ ، وبإذن الإمام فَيما لَمْ يَتعَيّن ذُو الحَقّ فِيهِ وإلَّا فالعيّن غالباً[1] .

قوله : باب الإحياء والتحجر « فصل وللمسلم الاستقلال بإحياء أرض .. الخ » .

أقول : الأصل في ثبوت الإحياء وإيجابه للملك ما أخرجه أحمد[2] وأبو داود والنسائي والترمذي وصححه من حديث جابر : أنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً فَهِيَ له » وفي لفظ لأحمد[3] وأبي داود من هذا الحديث « مَنْ أَحَاطَ حَائِطاً عَلَى أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ » وما أخرجه أحمد وأبو داود[4] والطبراني والبيهقي وصححه ابن الجارود من حديث سَمُرة بلفظ « مَنْ أَحَاطَ حَائِطاً عَلَى أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ » وما أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي[5] عن سعيد بن زيد قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعِرْقِ ظَالِمٍ حَقٌّ » وقد حسنه

---

(١) إذا كان صاحب الحق معلوما غير مجهول فلا يجوز الإحياء إلا بإذنه ... واحترز بقوله غالبا ممن تحجر أرضا ولم يحيها حتى مضى عليها ثلاث سنوات فإن لغيره أن يحييها بإذن الإمام ... فأما بغير إذنه فلا . شرح الأزهار ٣/٣٢٠ .

(٢) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٤٠ .

(٣) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٤٠ .

(٤) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٤٠ . بلوغ المرام بشرح سبل السلام ٣/٨٢ .

(٥) نقل الشوكاني في التعليق على قوله : « وليس لعرق ظالم حق » قول ابن حجر في الفتح أن رواية الأكثر بتنوين عرق وظالم نعت له ... وهو راجع إلى صاحب العرق ... أي ليس لذي عرق ظالم . أو إلى العرق ... أي ليس لعرق ذي ظالم ... ويروى بالاضافة ويكون الظالم صاحب العرق ... ويكون المراد بالعرق الأرض ... كما نقل عن ربيعة أن العرق الظالم يكون ظاهرا . ويكون باطنا .... فالباطن ما احتفره الرجل من الآبار أو استخرجه من المعادن ... والظاهر ما بناه أو غرسه ... وقال غيره العرق الظالم من غرس أو زرع أو بناء أو حفر في أرض غيره بغير حق ولا شبهة . ويرجع إلى هذا وإلى الحديث وتخريجه في المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٣٤١ .

النسائي وأعلّه بالإرسال ، ورجع الدارقطني إرساله وأخرج البخاري[1] وغيره من حديث عائشة قالت : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : مَنْ عَمَرَ أَرْضاً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقّ بِهَا » وأخرج أبو داود[2] والضياء في المختارة من حديث أسمر بن مُضَرِّس قال : « أَتَيْتُ النبيَّ صلى الله عليه وآله وسلم فَبَايَعْتُه فقال : مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْه مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ قال : فَخَرَجَ النَّاسُ يَتَعَادَوْن يَتَخَاطُّونَ » فهذه الأحاديث وما ورد في معناها تدل على أن من أحيا الأرض التي هي ميتة غير مملوكة لأحد فهو أحق بها ، وتصير ملكاً له ، أما إذا كان قد سبق إليها أحد من المسلمين أو كانت ملكاً لذميّ فلا يجوز إحياؤها كما يدل عليه لفظ « أحد » [من] حديث عائشة وكما يفيده لفظ « ميّتة » في هذه الأحاديث ، فأن الأرض المملوكة للذمى ليست بميتة .

وأما قوله : « من سبق إلى ما لا يسبق إليه مسلم » فهو من التنصيص على بعض أفراد العام لأنه قد انمحى عنه المعنى الاشتقاقي ، وصار كالجوامد ، وأما اشتراط أن لا يكون قد تحجرها مسلم فوجهه أنه قد صار أحق بها لسبقه إليها كما في حديث « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْه مُسْلِمٌ » وهذا قد سبق بوضع الأعلام ونحوها .

وأما قوله : « وبإذن الإمام » فليس من الأدلة ما يدل على اشتراطه ، ولكن إذا كانت الأرض غير ميتة ولم يعرف من هي له صار النظر فيها إلى إمام المسلمين كسائر أموال الله فإن التصرف فيها إليه .

وأما قوله : « وإلا فالمعين » فلا دخل له في هذا الباب لأنه إذا أذن لغيره بإحياء ما هو حق له كان ذلك من باب الهبة ونحوها .

---

(١) الحديث رواه أحمد أيضاً . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٤٠ .

(٢) يتعادون : يسرعون في السير ... ويتخاطون : يعملون على الأرض علامات بالخطوط ـ وهي تسمى الخطط ـ واحدتها خطة بكسر الخاء .

وقد جاء في المخطوطة أن الحديث عن سمرة بن مضرس والصواب كما في المنتقي أسمر وقد جاء في أسد الغابة في بعض الروايات أنه أخو عروة بن مضرس .

ويرجع إلى الحديث في سنن أبي داود ٢/٥٠ والمنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٤٠ .

فصل

وَيَكُونُ بالْحَرْثِ والزَّرْعِ ، أَوْ الغَرْسِ ، أَوْ امْتِدَادِ الكَرْمِ ، أَوْ إزالَةِ الخَمَرِ [1] أو التَّنْقِيَةِ أو اتّخاذ حَائِط أَوْ خَنْدَقٍ ، قَعِيرٍ [2] أو مسناً [3] للغَدِيرِ مِنْ ثَلَاثِ جِهَاتٍ ، وَبِحَفْرٍ فِي مَعْدِنٍ أَوْ غَيْرِه ، ويُعْتَبر قَصْدُ الفِعلِ لا التَّمْلِيك ، ويَثْبُتُ بِهِ المِلْك ، ولا يَبْطل بِعَوْدِهِ كَمَا كَانَ ، وَلَا يَصِحّ فيه وَفِي نَحْوِهِ الاسْتِئْجَار والاشْتِرَاك والتَّوكيل بَلْ يَمْلِكه الفَاعِلِ في الأَصَحِّ .

قوله : « فصل ويكون بالحرث والزرع الخ » .

أقول : هذه الأنواع التي ذكرها للإحياء يصدق على كل واحد منها مفهوم الإحياء ، وهو شيء واضح فالتطويل بذكر هذه الصورلا يأتي بطائل ، والحاصل أن ما صدق عليه أنه إحياء لغة أو شرعاً كان سبباً لملك الأرض الميتة .

وأما قوله : « ويعتبر قصد الفعل » فعلوم أن العامل لا يعمل عملاً إلا لغرض ، وإلا كان فعله عبثاً لا ينبغي حمل أفعال العقلاء عليه .

وأما قوله : « يثبت به الملك » فهو الذي دلت عليه الأحاديث الواردة في الإحياء كما تقدم .

وأما قوله : « ولا يبطل بعوده كما كان » فوجهه أن الملك لا يزول بعد ثبوته .

وأما قوله : « ولا يصح فيه وفي نحوه الاستئجار » الخ فوجهه أنه يصير الأجير هو المحيي ، فتكون الأرض له كما تدل عليه الأدلة المتقدمة ، وفيه نظر فإن المباشرة للفعل يختلف باختلاف الأغراض والمقاصد ، فإذا كان المباشر للإحياء مأموراً من جهة غيره

---

(١) الخمر : وهو الشجر الذي يغطي الأرض .

(٢) خندق قعير : عميق .

(٣) المسني : حائط يبنى في وجه الماء .

أجيراً له صح ذلك ، وكان عمله هذا داخلاً في أنواع الإجارات ولا مانع من ذلك ، وهكذا إذا كان المباشر وكيلاً فإنه لم يحيي الأرض لنفسه بل أحياها لموكله ، وليس هذا من الأملاك القهرية التي تدخل في ملك مالكها شاء أم أبى ، وهكذا يجوز الاشتراك فيها لأنه بعد وقوع الإحياء من كل واحد منهما بمنزلة المواهبة ، ولا مانع من ذلك من شرع ولا من عقل .

فصل

وَالتَّحَجر بِضَرْب الأَعْلامِ فِي الجَوَانِبِ يَثْبُتُ به الْحَقّ لَا المِلْكُ ، فَيُبِيح أَوْ يَهَبُ لَا بِعِوَضٍ ، ولَهُ مَنْعُهُ وَمَا حَازَ ، وَلَا يَبْطُل قَبْل مَضِيِّ ثَلَاث سِنِينَ إلا بإبْطَالِه ، ولَا بَعْدَها إلا بِهِ ، أو بإبْطَال الإمَامِ ، ولا بإحْيائه غَصْباً . قيل ، والكِرَاء لِبَيْتِ الْمَالِ ، والشَّجَرُ فيه وفي غَيْره كَلاء ولو مُسْبَلا[1] وقيل (م)[2] فيه حَقّ وفِي المِلْك مِلْكٌ وفِي المُسْبَل يَتْبعه ، وفي غير ها كلأٌ .

قوله : « فصل والتحجر بضرب الأعلام في الجوانب » .

أقول : من سبق إلى الأرض فوضع عليها أي علامة كانت تدل على سبقه إليها فهو أحق بها كما في الحديث المتقدم بلفظ[3] « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْه مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ » فالشرع قد أثبت أنه له وذلك هو معنى الملك فلا يرجع إلى مجرد الاصطلاح مع وجود الشرع ولا إلى المفاهيم اللغوية على تقدير أن فيها ما يدل على التفاوت بين الحق والملك ، وبهذا تعرف أنه لا فرق بين الإحياء والتحجر في ثبوت الملك بهما وأنه يصدق على كل واحد منهما أنه إحياء وليس المراد بالإحياء العمل في نفس الأرض بحرث أو غرس أو نحوها وقد تقدم في الأحاديث « مَنْ أَحَاطَ حَائِطاً عَلَى أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ » فإن الحائط ليس بعمل

(١) الشجر الثابت في الموضع المتحجر وفي غيره مما لا ينبت في العادة كلأ لايملكه صاحب الموضع ... فمن اقتطفه ملكه ... ولو كان ذلك الموضع الشجر فيه مسبلا فهو أيضاً كلأ . شرح الأزهار ٣/٣٢٦ .

(٢) « م » المؤيد بالله أحمد بن الحسين .

(٣) من حديث أسمر بن مضرس السابق ص ٢٢٦ .

في نفس الأرض بل هو من باب التحجر لها عن أن يدخل إليها داخل ، فهو في الدلالة على السبق كضرب الأعلام في الجوانب ، ولا وجه لجعل أحدهما من باب الإحياء والآخر من باب التحجر كما فعل المصنف ، ولا للفرق بين أحكام الإحياء وأحكام التحجير ، فلا تشتغل بالكلام عليه ففي هذا كفاية .

قوله : « والشجر فيه وفي غيره كلأ »[١] .

أقول : ولا وجه لقول المصنف والشجر فيه الخ ، لأن الذي حكم عليه النبي صلى الله عليه وآله وسلم بأنه مُشترك بين الناس هو الكلأ ، والشجر ليس بكلأ فإنه عند أهل اللغة يطلق على الحشيش ولعل المصنف يريد بهذه العبارة أن الشجر له حكم الكلأ ، وهذا يحتاج إلى دليل ، فإن النبي صلى الله عليه وآله وسلم[٢] قال : « لا يُمْنَعُ المَاءُ وَالنَّارُ والْكَلأُ » كما أخرجه ابن ماجة من حديث أبي هريرة بإسناد صحيح وقال صلى[١] الله عليه وآله وسلم : « المُسْلِمُون شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثَةٍ فِي الْمَاءِ والْكَـلَإِ وَالنَّارِ » أخرجه أحمد وأبو داود من حديث أبي خِرَاش [٤] عن بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وآله وسلم مرفوعاً ، ورجال إسناده ثقات وأخرجه ابن ماجه[٥] من حديث ابن عباس وزاد فيه « وَثَمَنُه حَرَامٌ » وصححه ابن السّكن وفي الباب أحاديث .

فالحاصل أن هذه الثلاثة الأشياء مشتركة بين الناس وأما الشجر النابت في الأرض المملوكة فهو لمالكها وفي غير المملوكة ملك لمن سبق إليه وليس في الأحاديث ما يدل على أنه مشترك بين الناس ومما يؤيد الاشتراك في الكلاء والماء ما ثبت في الصحيحين[٦] وغيرهما من حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم « لا تَمْنَعُوا فَضْلَ المَاءِ لِتَمْنَعُوا بِهِ

(١) الكلأ مهموز : العشب رطبا كان أو يابساً والمرعى رطباً كان أو يابساً . المصباح والصحاح والقاموس
(٢) علق ابن حجر على الحديث بأن إسناده صحيح ... ويرجع إليه في المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٣٤٤ .
(٣) ابن حجر على الحديث بان إسناده صحيح ... ويرجع إليه في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٤٤ .
(٤) أبو خراش ... رواه أبو نعيم في الصحابة ... وسئل أبو حاتم عنه فقال : أبو خراش لم يدرك النبي صلى الله عليه وآله وسلم ... ويرجع إلى الحديث في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٤٤ . وبلوغ المرام بشرح سبل السلام ٣/٨٤
(٥) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٤٤ . سنن ابن ماجه .
(٦) حديث متفق عليه ... المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٤١ . صحيح البخاري ٣/١٤٤ .

الكَـلَأُ » وفي لفظ لمسلم[١] « لَا يُبَاعُ فَضْلُ المَاءِ لِيُبَاعَ بِهِ الْـكَـلَأُ » وفي لفظ للبخاري[٢] « لَا تَمْنَعُوا فَضْلَ المَاءِ لِتَمْنَعُوا بِهِ فَضْلَ الْـكَـلَاءِ » وأخرج أحمد وابن ماجه[٣] عن عائشة قالت : « نَهَى رسول الله صلى الله عليه وسلم أَنْ يمنع نَقْعُ البِئْرِ » وأخرج أحمد[٤] من حديث عمرو بن شُعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ مَنَعَ فَضْلَ مَائِهِ أَوْ فَضْلَ كَلَئِهِ مَنَعَهُ اللهُ عَزّ وجل فَضْلَـهُ يَوْمَ القِيَامَةِ » وأخرج مسلم[٥] من حديث جابر « أَنَّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم نَهَى عَنْ بَيْعِ فَضْلِ المَاءِ » وأخرج نحوه أهل السنن[٦] وصححه الترمذي من حديث إياس بن عَبْد وقد ورد بزيادة « المِلح » كما أخرجه الخطيب من حديث ابن عمر وإسناده ضعيف ورواه الطبراني[٧] بإسناد حسن عن زيد بن جُبَير عن ابن عُمر وله عنده طريق أخرى ، وأخرج ابن ماجة[٨] عن عائشة أنها قالت : « يا رَسول الله مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلّ مَنْعُه قال : المِلْحُ والمَاءُ والنَّارُ » وإسناده ضَعيف وأخرج الطبراني في الصغير[٩] من حديث أنس « خَصْلتان لا يَحِل مَنْعُهمَا : المَاءُ والنَّارُ » قال أبو حاتم : هذا حديث منكر .

(١) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٤١ .
(٢) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٤١ . صحيح البخاري ٣/١٤٤ .
(٣) نقع البئر : الماء الفائض عن حاجة صاحبها . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٤١ . سنن ابن ماجة .
(٤) الحديث في إسناده محمد ابن راشد الخزاعي وهو ثقة ... وقد ضعفه بعضهم . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٤٢ .
(٥) رواه أيضاً أحمد وابن ماجه ... وأخرجه النسائي . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/١٦٤ .
(٦) الحديث أخرجه الخمسة إلا ابن ماجه وهو على شرط الشيخين كما قال القشيري . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/١٦٤ . سنن ابن ماجة .
(٧) نيل الأوطار على المنتقي ٥/٣٤٤ .
(٨) نقل الشوكاني تضعيف الحديث في نيل الأوطار عن ابن حجر ... سنن ابن ماجه . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٤٤ .
(٩) أنيل الأوطار على المنتقي ٥/٣٤٤ .

باب المضاربة

فصل

شُرُوطُها الإيجاب بلفظها ، أو ما في حكمه ، والقبول ، أو الامتِثَال على التّراخِي ما لم يُرَدّ بين جَائِزَي التَّصرف على مَالٍ من أَيّهما إلا مِنْ مُسلم لِكَافر مَعْلوم نَقْدٍ يُتَعَامل به حَاضِرٍ أَوْفى حُكمه ، وتفصِيل كَيْفِيَّة الربح ، ورَفْض كلّ شرط يُخالف مُوجبها .

قوله : « باب المضاربة » .

أقول : لا شك في وقوع التعامل بها في زمن الصحابة رضي الله عنهم ، وقد فعلها جماعة من أكابرهم وحكى صاحب نهاية المجتهد [1] أنه لا خلاف بين المسلمين في جواز القِراض ، وأنه مما كان في الجاهلية وأقره الإسلام انتهى وقال ابن حجر في التلخيص إنه إجماع صحيح قال والذي يقطع [2] أنه كان في عصره صلى الله عليه وآله وسلم فعِلم به وأقرّه ولولا ذلك لما جاز .

قوله : « فصل وشروطها الإيجاب بلفظها أو ما في حكمه » .

أقول : لا يشترط فيها إلا مجرد التراضي فقط على التعامل وقدر الرِّبح فإذا وقع ذلك فهذه المضاربة داخلة [3] تحت قوله تعالى : (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) وقد عرفناك في كتاب

(١) راجع بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام ابن رشد ٢/١٩٧ .

(٢) كأن ابن حجر يريد أن يقطع النزاع ... وقد أورده بعد ذكر الإجماع تأكيداً لشأنه .

(٣) في الأصل المخطوط « داخلة في تحت قوله » فحذفت « في » ... ومقصود المصنف أن المضاربة داخلة في عموم دلالة الآية على التراضي في التجارة .

البيع وما فيه من الأبواب وما بعده أن هذا الاشتراط للألفاظ ليس عليه أثارة من علم ، وأما كونها بين جائزي التصرف فلا بد من ذلك لأن من لا يجوز تصرفه لا حكم لصدور الرضا منه .

وأما قوله : « على مال من أيهما » فستغنى عنه لأن مفهوم المضاربة ومعناها لا يوجد إلا بذلك ، وأما كون المال معلوماً فذلك لا بد منه ، وإلا كانت جهالته ذريعة إلى اختلاط رأس المال بالربح ، فيكون معاملة مختلة ، وإذا كانت المضاربة في عروض فلا بد أن يتميّز ما هو قيمة لها حتى يعلما أن الزائد عليه ربح ولا وجه لاشتراط كون رأس مالها مما يتعامل به الناس فإنها تصح في كل شيء يقع فيه البيع والشراء ، لأنها بيع منظور فيه إلى الربح مع بقاء رأس المال ، ولا يشترط حضور المال إذا كان معلوماً عندهما وأما تفصيل كيفية الربح فأمر لا بد منه ، لأن ذلك هو الغرض من هذه المعاملة .

وأما قوله : « ورفض كل شرط يخالف موجبها » فصحيح لأن ذكر هذا الشرط يعود على ما هما بصدده من هذه المعاملة بالنقض .

فصل

وَيَدْخُلُهَا التَّعْلِيقُ والتَّوْقِيتُ والحَجْر عَمّا شَاءَ المَالِكُ غَالِباً فَيَمْتَثِلُ العَامِلُ وإلا ضَمِنَ التَّالفَ وله في مُطْلَقها كلّ تَصَرّف إلا الخَلْط والمُضَارَبة والقَرْض والسّفْتَجه ، فإن فُوض جاز الأَوّلان وإنْ شارك الثاني في الرّبح لا الآخران لعرف .

فصل

ومُؤن المَالِك كُلّها مِنْ رِبْحِه ، ثم مِنْ رَأْسِه ، وكذلك مُؤَن العَامِل وخَادِمِهِ المُعْتَادَةُ[1] في السَّفَرِ فقط مهما اشْتَغَل بِهَا ، ولم يُجَوِّزْ استغراقَ الرِّبح[2] ، وفِي مَرَضِهِ ونَحْوِه تَرَدُّدٌ[3] فإن أنفق بنيّة الرجوع ثم تلف المال بيّن[4] وغَرِم المالك ، وصَدّقهُ معَ البَقاء ، ولا يَنْفَرِدُ بأخذ حصته ، ويملكها بالظّهور[5] فيتبعها أحكام الملك وإنما يستقر[6] بالقسمة ، فلو خسر قبلها وبعد التصرّف آثر الجَبْرَ[7] وإن انكشف الخسر بعدها .

قوله : « فصل ومؤن المال من ربحه الخ » .

أقول : الاعتماد في مثل هذا على ما حصل عليه التراضي ، فلو تراضيا على أن يكون المؤن من نصيب العامل من الربح لم يكن بذلك بأس ، وهكذا العكس ، وأما تقييد ذلك بعد تجويز استغراق الربح ، فوجهه أن تجويز استغراقه يذهب بالغرض المقصود منها ، ولكنه يقال التراضي يحلل ذلك ويسوغه ، والأصل عدم المانع والدليل على مدعيه .

وأما قوله : فإن أنفق بينة الرجوع » الخ فلا بد من إذن المالك له بذلك ، وإلا فلا وجه للرجوع إلا أن يقتضي ذلك الحادثة وتوجبه الضرورة .

وأما قوله : « ولا ينفرد العامل بأخذ حصته » فلا وجه له لأن هذه المعاملة بينهما قد اقتضت بأن لكل واحد منهما أن يأخذ نصيبه إلا لشرط .

---

(١) يشترط أن تكون هذه المؤن هي المعتادة من طعام وشراب وكسوة ومركوب ... فإن لم تكن مثله له عادة فعادة مثله . شرح الأزهار ٣/٣٣٣ .

(٢) يشترط أن يكون في مال المضاربة سعة بحيث يسمح بالصرف ولا يستغرق الربح . المصدر السابق .

(٣) إذا عرض له مرض أو حبس في حال سفره منعه من التصرف ... وأراد أن يستنفق منها في حال مرضه ونحوه ففيه تردد بين المذاكرين . والقولان محتملان عند بعض أئمة الزيدية وقيل فيه خلاف . المصدر السابق .

(٤) بين : أقام البينة .

(٥) الظهور : ظهور الربح .

(٦) يستقر ملكه لحصته .

(٧) آثر الجبر لرأس المال بما كان ربحاً .

وأما قوله : « ويملكها بالظهور » فغير مسلم فإن مجرد الظهور مع عدم القبض معرض للذهاب بخسرٍ أَوْ بأَيّ سبب من أسباب التلف فكيف تتعلق بهذا الربح ـ الذي لم يحصل منه إلا مجرد الظهور ـ أحكامُ الملك من وجوب الزكاة وقضاء الدين منه ونحو ذلك مع وجود مقتضى الرجاء وعدمه ومظنه سلامته وتلفه .

فصل

وَلِلمَّالك شِرَاء سِلَع المُضَارَبة مِنْه ، وإن فُقِد الرّبح ، والبيع منه إن فُقِد لا مِنْ غَيْرِهِ فيهما [1] ، والزيّادة المعلومة على مالها ما لم يكن قَدْ زاد أو نقص ، والإذن باقْتِراض معلوم لها ، ولا يدخل في مالها إلا ما اشتُري بعد عَقْدها بنيّتِـها ، أو بمالها . ولو بلا نِيّةٍ ، ولا تَلْحقه الزيادة والنقص بعد العَقْد إلا لمصلحة ، ولا ينعزل بالغَبْن المُعْتاد ، وشراء مَنْ يعتق على المالك ، أو عليه أَوْ ينفسخ نِكَاحه ، والمخالفة في الحفظ إن سَلِمَ [2] وإعَانَةُ المالك له في العَمَل ، ولا بِعَزْلِهِ المال عرض يجوز الربح فيَه .

قوله : « فصل وللمالك شراء سلع المضاربة الخ » .

أقول : العامل إنما هو بمنزلة الوكيل لصاحب المال ، والوكالة أمرها إلى الموكل ، فمتى أراد عزل الوكيل عزله مع استحقاقه لما قد حصل من نصيبه من الربح إلى وقت العزل ، فليس ها هنا ما يوجب تسليط العامل على المال حتى يقال إن اشترى المضاربة منه ، بل ها هنا ما هو أقرب مسافة وأقل مؤنة ، وهو أن يأخذ المالك سلع المضاربة لأنها ملكه ، وإذا كانت قد اشتملت على ربح أعطاه نصيبه منه ، وأما بيع المالك لها من العامل فيها فلا بأس بذلك لأنه باع ملكه إلى غيره ، وليس من شرط صحة هذا البيع فُقْدَان الربح لأنه يمكن الوقوف على مقداره بتقدير العدول فيكون ذلك خارجاً عن البيع .

---

(١) فيهما : أي في الشراء والبيع ... فلا يجوز أن يشتريها المالك أو يبيعها من غير العامل إلا بإذنه . المصدر السابق .

(٢) سلم المال

وأما قوله : « لا من غيره عنهما » فقد عرفناك أن له عزلة متى شاء مع تسليم قدر حصته مما قد ظهر من الربح .

وأما قوله : « والزيادة والنقص المعلومة على مالها » فلا بأس بذلك ، ولا وجه لتقييده بقوله ما لم يكن قد زاد أو نقص فإن الزيادة المعلومة لا تمنع منها زيادة الأصل أو نقصانه ، وتعليلهم ذلك بأنه يؤدي إلى جبر خسر كل واحد منهما بربح الآخر تعليل في غاية السقوط ، فإن المال واحد والمالك واحد والعامل واحد والزيادة لهما والخسر عليهما ، وأما إذن المالك للعامل باقتراض مال معلوم فلا مانع منه .

وأما قوله : « ولا يدخل في مالها » الخ فلا يخفاك أن الظاهر في كل ما اشْتُري بمال المضاربة أنه داخل في المضاربة من غير فرق بين أن ينوي كون ذلك المشتري لها أو لم ينو ، وما اشترى بغير مالها فهو غير داخل في المضاربة به سواء كان ذلك قبل عقدها أو بعده ، فإن تراضيا بإلحاق شيء بمال المضاربة من ملك رب المال كان ذلك من الزيادة فيه كما تقدم .

وأما قوله : « لا ينعزل بالغبن المعتاد » فظاهر لأن هذا شأن هذه المعاملة تارة يحصل الربح وتارة يحصل الخسر .

وأما قوله : « وشراء من يعتق عليه » فقد عرفناك أن المال باق على ملك المالك ، فلا بد أن يأذن بذلك المالك وإلا فلا ينفذ الشراء لأنه خسر محض بغير إذن ، فلا وجه لعتق من يعتق على العامل إلا أن يكون قد ملك جزءاً من مال شِراء العتق وضمن ، وهكذا لا ينفذ شراء من ينفسخ نكاحه إلا بإذن من المالك .

وأما قوله : « والمخالفة في الحفظ إن سلم » فلكون تلك المخالفة لم يظهر لها أثر وقد عرفناك أنه يعزله متى شاء فذكر هذه الأمور مبني على لزوم ما وقع بينهما عند الدخول في هذه المعاملة ، وهكذا لا ينعزل بإعانة المالك له في العمل .

وأما قوله : « ولا يعزله والمال عرض يجوز الربح فيه » فلا وجه له بل يعزله ويأخذ

نصيبه من الربح إذا كان قد ظهر وإن لم يكن قد ظهر وليس إلا مجرد التجويز فلا يلزم للعامل شيء .

فصل

وَفَسَادُها الأصلي[1] يُوجِب أُجْرة المِثْل مُطْلقاً ، والطارِيءُ الأَقل منها ومن المُسمّى مع الربّح فقط ، ويُوجبان الضمَّان إلا للخُسْر .

قوله : « فصل وفسادها الأصلي .. الخ » .

أقول : قد عرفناك غير مرة أن حكم هؤلاء على المعاملات بالفساد يرجع إلى فوات أمور لفظية لا تقتضي خلل المعاملات قط ولا يتعلق بها حكم ، فإذا جصل التراضي بين صاحب المال والعامل على أن يتصرف بماله على نصيب من الربح معلوم فهذه مضاربة صحيحة ، وإذا لم يحصل هذا فهي باطلة وجودها كعدمها ولا وجه لجعل أمر ثالث بين الصحة والبطلان ، وإثبات أحكام له مخالفة للأحكام الكائنة في جانبي الصحة والبطلان ، وقد عرفناك أيضاً أن لصاحب المال عزل العامل متى شاء ، فإذا عزله استحق ما سماه له من الربح إذا كان قد حصل الربح ، وإذا لم يحصل بل هو باق في أعيان المضاربة كان للعامل ما يقدره العدول من الربح فإذا قدروا جملة سلَّم له صاحب المال نصيبه .. هكذا ينبغي أن يقال ، وإذا اختار العامل الترك فالأمر هكذا ، وأما ما ذكره من الضمان فقد قدمنا الكلام عليه في الفصل الذي عقده لمن يضمن ومن لا يضمن في آخر كتاب الإجارات .

---

(١) الفساد في المضاربة على ضربين : أصلي وطاريء ... والأصلي هو الموجود من عند العقد ... كأن يشترط أحدهما لنفسه قدراً من الربح . شرح الأزهار ٣/٣٤٤ .

فصل

وتَبْطُل ونَحْوُها بِمَوت المالِك ، فَيُسلم العامِلُ الحاصِلَ مِنْ نَقْدٍ أَوْ عَرَضٍ تَيَقَّنَ أَنْ لا رِبْحَ فِيه فَوْراً وإلا ضَمِن ، ولا يَلْزمه البَيْعوبَيِيعُ بوَلَايَةٍ[1] ما فيه رِبْح ، ولا يلزمه التَّعجيلُ ، وبِمَوتِ العَامِل[2] وعَلَى وَارِثه ولـه كذلك فإن أَجْمَلها المَيِّتُ فَدَيْنٌ[3] وإن أغفلها حكم بالتَّلف ، وإن أنكرها الوارث أو أدَّعى بِتَلفها معه فالقول له لا مع الميّت أَوْ كونه ادّعاه فَيُبَيِّن ، والقولُ للمالك في كيفيّة الرِّبح ، ونَفْيه بعد : هَذا مالُ المُضَارَبةِ ، وفيه رِبْح وفي أنّ المالك قَرْض أَوْ غَصْب[4] . لا قراض ، وللعامل في رَدّ المالِ ، وتَلَفِه في الصَّحِيحَة فقط ، وفي قَدْره ، وخُسره ورِبْحه وأنه مِنْ بَعْد العَزْل ، وفي نَفْي القَبْض ، والحَجْر مطلقاً ، ولمدّعي المال وديعة منهما .

قوله : « فصل : وتبطل ونحوها بموت المالك الخ » .

أقول : المناط الذي جاز للعامل التصرف في مال غيره به هو الإذن من المالك والتراضي الواقع بينهما ، فإذا مات صاحب المال صار ذلك المال لغيره ، فإن قرر المضاربة كما كانت عليه في حياة مورثه كانت هذه مضاربة مستقلة حاصلة بينهما بمجرد التراضي ، وإذا لم يقرر المضاربة كما كانت عليه كان على العامل إرجاع ماله إليه ويأخذ نصيبه من الربح ، وأما الأعراض التي قد صار فيها ربح فله من ربحها ما قدره العدول .

) ولاية من الورثة أو من الحاكم .

(٢) تبطل المضاربة بموت العامل .

(٣) إن أقر بها الميت على سبيل الجملة ... كأن يقول : معي لفلان مال مضاربة ولم يؤكد جنسها أو عينها ... فهي في حكم الدين . شرح الأزهار ٣/٣٤٦ .

(٤) إذا اختلف العامل ورب المال فالبينة على العامل في ثلاث مسائل ... والقول للمالك فيها :

الأولى : كيفية الربح إذا اختلفا فيه ... فقال العامل مثلاً ... وضعت لي نصف الربح ... وقال المالك بل ثلثه .

الثانية : نفيه ... أي نفي الربح بعد قول العامل هذا هو مال المضاربة ... ثم قال : وفيه كذا ربح فقال المالك : ما فيه شيء من الربح .

الثالثة : القول له في أنّ المال قرض أو غصب المصدر السابق .

وأما قوله : « فوراً وإلا ضمن » ففيه نظر لأنه لا يتضيق الرد إلا بالطلب ، ولم تكن يدُهُ يَدَ عُدْوَانٍ إلا بترك الرد مع الطلب ، وأما كونه لا يلزمه البيع فواضح لأن صاحب المال قد مات وصار المال إلى وارثه ، فلم يبق له ولاية التصرف فضلاً عن أن يلزمه بيع ما لا ربح فيه ، وهكذا لا يلزمه بيع ما فيه ربح إلا بإذن من المالك ، وما كان أحق هذه الأمور بعدم شغلة الحيز بها وإتعاب الطلبة بدرسها ، فإنها أمور واضحة قد لا تلتبس على العامي فكيف بمن له بعض فقاهة ، وهكذا تبطل المضاربة بموت العامل لأن الإذن من المالك لم يكن إلا له ولا يلزم وارثه إلا ما يلزم العامل ، ولو مات المالك لكن على الوجه الذي ذكرناه .

قوله : « فإن أجملها الميت فدين » .

أقول : ينبغي أن يقال إن الميت إذا قال عنده لفلان مال مضاربة هكذا على جهة الإجمال طُولب وارثه بتعيينه ، فإن أنكر معرفته فليس عليه إلا اليمين وعلى مالك المال البينة على تعيينه ، فإن عجز عن ذلك كله كان ما تضمنه ذلك الإجمال ثابتاً في تركه الميت وإذا لم يمكن تعيين مقداره رجع إلى أوساط ما يتعامل به الناس في المضاربات .

وأما قوله : « فإن أغفلها حكم بالتلف » فمن غرائب التفريعات وعجائب الاجتهادات فإن مجرد هذا الإغفال لا يكون حجة على رب المال بل يرجع إلى البينة من رب المال أو اليمين من الوارث هذا على تقدير أنه لم يتقرر أصل التعامل ، أما إذا تقرر فعلى الوارث البينة بأن مورثه قد رد مال المضاربة أو أنه قد تلف بسبب لا يوجب الضمان ، ومن منكرات التفريعات قول المصنف إن الوارث إذا ادعى تلفها معه فالقول له وإن ادعى تلفها مع الميت فعليه البينة فإنه قلب للشريعة .

قوله : « والقول للمالك في كيفية المربح » .

أقول : البينة على مدعي الزيادة سواء كان العامل أو رب المال .

وأما قوله : « ونفيه » فوجهه أن الأصل عدمه فيكون القول قول النافي منهما .

وأما قوله : « وفي أن المال قرض أو غصب لاقراض » فلا يخفاك أن ثبوت اليد يقتضي أنه بمسوغ شرعي ، فالبينة على مدعي الغصب ، وأما الاختلاف في كونه قرضاً أو قراضاً ، فالبينة على مدعي القراض وهو العامل لأنه يدعي ثبوت حق له في الربح وإلا عدمه .

وأما قوله : « وللعامل في رد المال وتلفه » في الصحيحة فقط ، فقد عللوا ذلك بأنه أمين وقد عرفناك أن الدليل وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم[1] : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » وقوله صلى[2] الله عليه وآله وسلم : « أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ » يدلان على وجوب الرد عليه وحديث[3] « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » يدل على أن على العامل البينة فيما ادعى رده ، وهكذا فيما أدعى تلفه لأن التلف خلاف الأصل .

وأما قوله : « وفي قدره » فلا وجه له بل القول قول نافي الزيادة والبينة على مدعيها لأن الأصل عدمها وهكذا في الخسر والربح يكون القول قول نافي الزيادة ، والبينة على مدعيها ، وهكذا القول قول نافي حدوث الربح بعد العزل وبعد القبض والبينة على مدعيهما ، وأما نافي الحجر فالقول قوله لأن الأصل عدمه .

وأما قوله : « والمدعي المال وديعة منها » فوجهه أن مدعي كونه مضاربة يثبت لنفسه حقاً في الربح والأصل عدمه هذا إذا كان المدعي هو العامل ، وأما إذا كان المدعي المالك فإن كان يريد بهذه الدعوى تضمين العامل فالأصل عدم الضمان ، والحاصل أن هذه المسائل ظلمات بعضها فوق بعض وقد كشفنا عنها ما يحول بينك وبين [عدم] إدراكها بعين البصيرة .

---

(١) الحديث أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والحاكم من المستدرك من حديث سمرة ورمز له السيوطي بالصحة الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٤/٣٢١ قد تقدم إيراده ص ١٤٨ .

(٢) مر الحديث ص ١٤٦ .

(٣) مر الحديث ص ٤١١ من الجزء الثاني .

فصل

وَإذا اخْتَلطتْ فالْتَبَسَتْ أَمْلاكُ الأَعْدَاد أو أَوقَافُها لا بِخَالط قُسِمَتْ ، وبيِّن مُدَّعِي الزِّيادة والفضل إلا مِلْكاً بِوَقْفٍ قيل أَوْ وَقْفَيْنِ لآدَمِيّ وَللهِ فَيَصِيرَانِ لِلْمَصَالِح[1] رَقَبة الأول وغلّة الثاني ، وبخَالطٍ متعدٌّ مُلك القِيمِيّ ومختلف المثلى لَزِمَتْه الغَرَامة ، والتصدّق بما خَشِيَ فَسادَه قَبْل المُرَاضَاةِ ، وضَمِن المثليّ المتفق وقسمه كما مر[2] .

قوله : « فصل : وإذا اختلطت فالتبست أملاك الأعداد الخ » .

أقول : إذا كان الاختلاط بغير خالط ممن يتعلق به الضمان وذلك كالاختلاط بالسيل ، أو الريح أو نحوهما ، فإذا لم يمكن الوقوف على نصيب كل واحد بوجه من الوجوه لم يبق طريق من طرق العدل إلا القسمة على رؤوس المتنازعين ، وبين مدعي الزيادة في القدر أو الجنس ولا وجه للاستثناء بقوله إلا ملكاً بوقف أو وقفين بل يقسم ويجعل الوقف بمنزلة المنازع من المالكين فيكون له نصيب كنصيبه ، وأما الجزم بإبطال ملك المالك ومصير الكل للمصالح فمن الظلم البين للمالك في ملكه المعصوم بعصمة الشرع بغير سبب يوجبه الشرع بل بمجرد المجازفة ، وأي دليل يدل على تأثير ما هو وقف على ما هو ملك ، وعلى نزع ملك المالك مع إمكان السلوك به في طريق من طرائق العدل .

قوله : « وبخالط متعد الخ » .

أقول : الخلط على وجه التعدي جناية مضمونة ، فغاية ما يلزمه أرش النقص الحاصل بالخلط ولا وجه لقوله ملك القيمي ومختلف المثلى ، بل الملك باق لمالكه والتعليل بأن فعله قد صار استهلاكاً فنحن نمنع أن يكون هذا استهلاكاً ثم نمنع أن يكون الاستهلاك

---

(١) إذا كان الخلط ملكاً بوقف ... بطل الوقف وصارا جميعا ملكاً للمصالح رقبتهما وقيل إن كان المختلط وقفتين ... أحدهما لآدمي والآخر لله فإن غلتهما تكون للمصالح ولا يبطل الوقف . المصدر السابق .

(٢) قسمه على الرؤوس وبيين مدعي الزيادة والفضل ... كما مر في البيع المصدر السابق .

مقتضياً لخروج الملك عن مالكه ، والحاصل أنه إذا أمكن التمييز كان ذلك واجباً على الخالط وإن تعذر فليس عليه إلا الأرش الذي نقص به ذلك المخطوط بالخلط وإذا عرفت هذا عرفت عدم صحة ما رتبه المصنف عليه فلا تطول برده .

كتاب الشركة

فصل

هِي نَوْعان : في المَكَاسِبِ ، والأَمْلاكِ ، فَشِرْكُ المَكاسِب أربع : (المُفَاوَضَةُ) وهي أن يُخرج حُرَّان مُكلَّفَان مُسْلِمَان أَوْ ذِمِّيَّان جَمِيعَ نَقْدِهما السَّوَاء جِنْساً وقَدْراً لا فُلُوسَهُمَا[١] ، ثم يَخْلِطَانِ ويَعْقِدَانِ غَيْرَ مُفَضِّلَيْن فِي الرِّبْح ، والوَضِيعَة[٢] فيصير كل منهما فيما يتعلق بالتّصرف فيه وَكِيلاً للآخر ، وكَفِيلاً لَه مَالَهُ ، وعَلَيْه مَا عَلَيْه مطلقاً وفي غَصْب اسْتُهْلِك حُكْماً وكفالةٍ بمال عن أمر الأصل خلاف[٣] .

قوله : « المفاوضة وهي أن يخرج مكلفان الخ » .

أقول : أعلم أن أصل الشركة ثابت بالسنة المطهرة وعليه أجمع المسلمون فيما وردت به السنة في مطلق الشركة حديث أبي[٤] هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « يَقُولُ اللهُ أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فَإِذَا خَانَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا » أخرجه أبو داود والحاكم وصححه ، ومنها ما أخرجه أبو داود[٥] والنسائي وابن ماجه والحاكم وصححه من حديث السّائب[٦] بن أبي السائب : « أنّه كانَ شَرِيكَ النبي صلى الله

---

(١) الشركة في القلوس لا تصح عندهم على الأصح . شرح الأزهار ٣/٣٥٥ .

(٢) لا يجوز أن يفضل أحدهما على الآخر في الربح أو الخسارة . المصدر السابق .

(٣) وقع الخلاف في صورتين : غصب استهلاك حكماً ... كأن يغصب أحد الشريكين حنطة ويطحنها ... الثانية كفالة بمال عن أمر الأصل ـ نحو أن يكفل أحد الشريكين شخصاً بمال عن أمر المكفول عنه . هل يلزم صاحبه ما لزمه خلاف بين أئمة المذهب ؟ . المصدر السابق ٣/٣٥٦ .

(٤) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٩٧ . مختصر وشرح وتهذيب السنن ٥/٤٨ .

(٥) في المخطوطة السائب بن يزيد وصححت بعد الرجوع إلى المنتقي وأسد الغابة وقد اختلف فيمن كان شريك النبي صلى الله عليه وآله وسلم ... فقيل أنه السائب وقيل أن أباه كان شريك النبي ... وقيل قيس بن السائب ... وقيل غيرهم ولم ترد في ترجمة الصحابيين اللذين يحملان اسم السائب بن يزيد إشارة إلى خبر الشركة . وقال المنذري : السائب بن أبي السائب من المؤلفة قلوبهم .

ولفظ الحديث كما في المنتقي : « أنه قال للنبي صلي الله عليه وآله وسلم ..... كنت شريكي في الجاهليه . فكنت خير شريك ... لا تداريني ولا تماريني » ..... والمعنى لا .. مختصر السنن للمنذري ٧/١٨٨ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٩٧ . مسند ابن ماجه ٤/٧٦٨ .

(٦) في الأصل المخطوط « بين فيه ما شرعه » .

عليه وآله وسلم في الجَاهِلِيّةِ ، وفي بَعض أَلفاظ الحديث «أَنَّهُ كَانَ شَرِيكَ النبيِّ قَبْلَ البعْثَةِ فَجَاءَ يومَ الفتح فقال : « مَرْحَباً بِأَخِي وَشَرِيكِي لَا يُدَارِي وَلَا يُمَارِي » وللحديث ألفاظ . وقد وقعت الشركة بين جماعة من الصحابة وهي مِمّا قرره الإسلام مما كان في الجاهلية ، ولكن هذه الأنواع التي ذكرها أهل الفروع وقالوا : مفاوضة ، عنان ، أبدان ، وجوه ، ليست إلا أسامي اصطلحوا عليها وجعلوا لكل واحد منها ماهية وقيدوها بقيود ، وليس هذا العلم علم مواضعة ولا علم اصطلاح بل هو علم يبين ما فيه ما شرعه الله لعباده من العبادات والمعاملات ، والشركة الشرعية توجد بوجود التراضي بين اثنين أو أكثر على أن يدفع كل واحد منهم من ماله مقداراً معلوماً ، ثم يطلبون به المكاسب والأرباح ، على أن لكل واحد منهم بقدر ما دفعه من ماله مما حصل لهم من الربح ، وعلى كل واحد منهم بقدر ذلك مما لزم في المؤن التي تخرج من مال الشركة ، فإذا قد حصل التراضي الذي هو المناط في كل المعاملات فليس من شرط هذه الشركة أن يكون مال كل واحد منهم مساوياً لمال من شاركه ، فإن العلم بنصيب كل واحد منهم وإن كان بعضاً حقيراً وبعضاً كثيراً يحصل به المطلوب من التحاصص في الغُنم والغُرم ، وهكذا لا وجه لاشتراط المال باديء بدء وخلطه في تلك الحال ولكن المقصود أن يحصل الاتجار بمجموعه ، حتى لو شرى أحدهم بنقده نوعاً من أنواع العروض وفعل الأخرون مثله وقد حصل التراضي على أن أرباح تلك العروض المشتراة يكون للجميع بحسب الحصص والخسر على الجميع كانت هذه شركة صحيحة شرعية ، وهكذا لو أخرج كل واحد منهم عروضاً وقد عرف مقدار قيمة كل نوع من أنواع هذه العروض التي أخرجها كل واحد منهم ، وتراضوا على الاشتراك فيما حصل في المجموع من الأرباح والأغرام كانت هذه شركة صحيحة ، وهكذا لو حصل التراضي بين اثنين أو أكثر أن يتطلبوا أسباب الرزق وما حصل من مجموع ما رزقهما الله سبحانه كان بينهما على كذا فإن هذه شركة صحيحة ولو اتجر بعضهم في مشارق الأرض وبعضهم في مغاربها .

وقد اشترك ابن مسعود[1] وعمار بن ياسر وسعد ابن أبي وقاص فيما يصيبونه من المغانم في يوم بدر كما أخرجه ذلك أبو داود والنسائي وابن ماجه ، ومعلوم أن مثل هذه الشركة في مثل هذا اليوم مع قلة الصحابة لا يخفي على النبي صلى الله عليه وآله وسلم . بل ورد ما يدل على أنه كان يقع ذلك في زمنه صلى الله عليه وسلم مع أصحابه كما أخرج أحمد[2] وأبو داود والنسائي عن رُوَيْفع بن ثابت قال : « إنْ كَانَ أَحَدُنَا فِي زَمَنِ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لَيَأْخُذُ نِضْوَ أَخِيهِ عَلَى أَنّ لَهُ النِّصْفَ مِمَّا يَغْنَمُ ولَنَا النِّصْفُ ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُنَا لَيَصِيرُ له النَّصْلُ والرِّيشُ ولِلآخَرِ القِدْحُ » وهذا الحديث وإن كان في بعض طرقه مجهول فقد أخرجه النسائي من غير طريقه بإسناد رجاله كلهم ثقات .

وإذا تقرر لك هذا أغناك عن هذا الكلام المدون في هذا الكتاب في شرك المكاسب[3] وبه تعرف صواب ما ذكروه من الشروط والقيود من خطئه ، والحاصل أن التراضي على الاشتراك سواء تعلق بالنقود أو العروض أو الآبْدَ انِ هو كله شركة شرعية ، ولا يعتبر إلا مجرد التراضي مع العلم بمقدار حصة كل واحد من الربح والخسر ، فإن كان الربح

---

(١) لفظ الحديث كما في المنتقي عن عبدالله بن مسعود : « اشتركت أنا وعمار وسعد فيما نصيب يوم بدر فجاء سعد بأسيرين ولم أجيء أنا وعمار بشيء » ... وقد علق عليه ابن تيمية صاحب المنتقي بقوله : وهي حجة شركة الأبدان وتملك المباحات .

والحديث فيه انقطاع ... لأن راويه أبو عبيدة عن أبيه ... وأبو عبيده لم يسمع من ابن مسعود . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٩٩ .

(٢) المجهول الذي عناه المؤلف في إسناد الحديث هو أبو داود شفيان بن أمية القتباني . والنضو : المهزول من الإبل ... والنصل : حديدة السهم ... والريش : هو الذي يكون على السهم ... والقدح بكسر القاف : السهم قبل أن يراش ويركب نصله . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٩٩ . يراجع القاموس والمصباح والأساس .

(٣) أسقط الشوكاني فصلين من متن الأزهار اكتفاء بما ذكره هنا وهما :

فصل : ومتى غبن أحدهما فاحشا أو وهب أو أقرض ولم يجز الآخر أو أستنفق من مالها أكثر منه وغرم نقداً أو ملك نقداً زائدا صارت عناناً بعد قبضه أو وكيله لا حويلة ولا قبله إلا في ميراث المنفرد (العنان) وهي أن يعقد على النقد بعد الخلط أو العرض بعد التشارك ولو عبداً أو صبياً مأذونين أو متفاضلي المالين فيتبع الخسر بالمال مطلقا وكذلك الربح أن أطلقا أو شرطا تفضيل غير العامل وإلا فحسب الشرط ولا يصير أيهما فيما يتصرف فيه الآخر وكيلا ولا كفيلا (الوجوه) أن يوكل كل من جائزي التصرف صاحبه أن يجعل له فيما استدان أو اشترى جزءا معلوما ويتجر فيه ويعينان الجنس إن خصا . وهي كالعنان إلا في لحوق الربح والخسر بالمال مطلقاً (الأبدان) أن يوكل كل من الصانعين الآخر أن يتقبل ويعمل عنه في قدر معلوم مما استؤجر عليه . ويعينان الصنعة والربح والخسر فيها يتبعان التقبل وهي توكيل في الأصح وتنفسخ باختلاف الصانعين في الأجرة أو الضمان والقول لكل فيما هو في يده ولا يترك أحدهما العمل .

فصل : وتنفسخ كل هذه الشرك بالفسخ والجحد والردة والموت ويدخلها التعليق والتوقيت .

والخسر باعتبار مقادير مال الشركة أو مقادير قيمة العروض فلا بد من معرفة المقدار لترتيب الربح عليه ، فإن حصل التراضي على الاستواء في الربح مع اختلاف مقادير الأموال كان ذلك جائزاً سائغاً ، ولو كان مال أحدهم يسيراً ومال غيره كثيراً ، وليس في مثل هذا بأس في الشريعة ، فإنه تجارة عن تراض ومسامحة بطيبة نفس ، وأما كون كل واحدة من هذه الشركة تنفسخ بما ذكره من الفسخ فذلك معلوم لأن كل واحد من المشتركين له فسخ الشركة متى شاء ، وأما الجحد فإذا لم يمكن دفعه بوجه كان رافعاً للشركة ، وأما الردة فهو مبني على ما قدمه من أنها لا تصح بين المسلم والكافر ولا وجه لذلك ، وأما الانفساخ بالموت فظاهر لأن المال قد ينتقل من مالك إلى مالك ، وأما دخول التعليق والتوقيت فيها فصحيح لعدم المانع .

باب شركة الأملاك

فصل

يُجْبَرُ رَبّ السُّفْلِ المُوسِرِ عَلَى إِصْلَاحِهِ (غالباً) [1] لِيَنْتَفِعِ رَبّ العُلْو ، فإن غابَ أَوْ أَعْسَر أَوْ تَمرَّد فهو ويحْبِسهُ [2] أَوْ يكْرِيه ، أَوْ يَسْتَعْمِله بِغُرمه ، ولكلٍ أَنْ يَفْعل فِي مِلْكه ما لا يَضُرّ بالآخرِ مِنْ تَعْلِية وبيعٍ وغيرِهما ويَضْمَنُ مَا أمكَنَهُ دَفْعُه من إضرار نَصِيبة ، وإذا تَدَاعيا السَّقْفَ فَبَيْنَهما ، والفَرسُ لِلرَاكب ، ثم لِذِي السَّرج ، والثوبُ لِلَّابِسِ والعَرِم للأعلى [3] .

قوله : « فصل : ويجبر رب السفلى الموسر على اصلاحه » .

أقول : وجه هذا الإجبار أنه قد ثبت لرب العلو حق في السفل ، وهو استقرار بنائه عليه ، فإذا اختل السفل وترك مالكه إصلاحه كان ذلك سبباً لذهاب هذا الحق ، ولكن لا يخفاك أن إجبار المالك على إصلاح ملكه لينتفع به من له حق متعلق به يحتاج إلى دليل ، فإن هذا مخالف لما جرت عليه القواعد الشرعية من وجهين : الوجه الأول أن المالك إذا رغب عن ملكه كان ذلك له فكيف يجبر على إصلاحه ، الثاني أن مال رب السفل معصوم بعصمة الإسلام فلا يحل إلا بشرع يخصص هذه العصمة الثابتة بأدلة الكتاب والسنة ، ولا سيما وهذا الإجبار واستهلاك المال لغرض يعود على الغير ، ونفع لا ينتفع به المالك .

---

(١) احترز بقوله غالباً من أن تكون التعلية استثناها بائع السفل ... فإنه إذا انهدم السفل قبل وقوع التعلية لم يجبر المشترك على إصلاحه ... لأن التعلية غير مستحقة لصاحبها هنا . شرح الأزهار ٣/٣٦٤ .

(٢) إذا أعسر أو تمرد عن البناء وطلب صاحب العلو أن يبني بيته فهو قائم في ذلك مقام مالكه ... وإذا بناه فله أن يحبسه عن صاحبه حتى يسلم ما غرم فيه . المصدر السابق .

(٣) العرم : سد يعترض به الوادي ... أو هو الأحباس تبني في الأودية .. وهو متعارف عليه في اليمن ... سد يقام في مجاري السيول والغيول لحفظ الماء للأرض المرتفعة .

أما إذا علم أن رب السفل راغب في إصلاح ملكه ولكنه كان معسراً أو غائباً[1] بنيابة رب العلو عنه في الإصلاح ، وله أن يطالبه بما غرم ، فإن سلم له ذلك فذاك وإن لم يسلم له كان له حبسه أو تأجيره من الغير ، أو استعماله بقدر ما غرم ، وأما إذا تمرد ورغب عن إصلاح ملكه فالكلام فيه كما قدمنا .

قوله : « ولكل أن يفعل في ملكه ما لا يضر بالآخر الخ » .

أقول : هذا صحيح لأن موجب الملك يقتضي أن يفعل فيه ما يريده وموجب الأدلة الدالة على عدم المضارة لا سيما للجار يمنع من أن يفعل ما يضر بشريكه ، وكلام المصنف هنا أولى مما سيأتي له من قوله فلكل أن يفعل في ملكه ما شاء وإن قصر الجار ، وأما تعرض شيوخ الفروع للفرق بين الموضعين فمن الهذيان الذي لا وجه [له] وهكذا قوله ويضمن ما أمكن دفعه من إضرار نصيبه لأنه فرط بترك الدفع فكان ذلك منه جناية على ملك شريكه .

قوله : « وإذا تداعيا السقف فبينهما » .

أقول : السقف إنما يجعل في الغالب لتغطية ما هو موضوع فوقه ، وأيضاً لا يكمل ما تحته منزلاً حتى يوضع عليه السقف ، وهذا يفيدُ أنه مع التداعي للأسفل فيكون القول قوله مع يمينه ، لأن الظاهر معه وعلى رب العلو البينة أن ذلك السقف له ببيع أو استثناء أو قسمة لأنه يدعي خلاف الظاهر ، وأما كون الفرس للراكب فوجهه أن الراكب في الغالب هو المالك والراجل ــ خارجَ السرج الذي يقودها ــ الغالبُ أن يكون خادماً للراكب وهكذا يد الراكب على السرج أقوى من يد الراكب خارج السرج ، لأن الغالب أن المالك هو الذي يثبت على السرج ويردف غيره ممن أراد إردافه خلفه ، وهكذا الثوب لِلّابس لأنه لا يلبس الثوب في الغالب إلا مالكه ، وهكذا العَرِم للأعلى لأنه يوضع لحفظ الماء في العلو ، وليس لصاحب الأسفل تعلق به ، وأما إذا لم يكن ثم علو وسفل بل كان العرم منصوباً بين الملكين فهو لهما ، ولا يكون أحدهما أحق به من الآخر لأنه لنفع كل واحد من الملكين .

(١) في العبارة سقط ... ويقتضي المقام زيادة كلمة مثل « فيكتفي » أو « يجتزأ » .

فصل

ولا يُجْبر الممتنع عن إحداث حائط بين المِلْكين ، أَو عن قِسْمَته (غالباً) بل على إصلاحه ولا يفعل أيُّهما فيه غَيْرَ ما وُضع له من سُتْرة وتَحْريز وحَمْل ولا يَستبدّ به إلا بإذن الآخر فإن فعل أزال ، ولا يثبت حق بيد وإذا تداعيا فلمن بيّن ، ثم لمن اتصل ببنائه ، ثم لِذي الجُذُوع ، ثم لِمنْ ليس إليه توجيه البناء ثم لذي التزيين والتخصيص أو القمط في بيت الخص ، ثم بينهما وإن زادت جذوع أحدهما .

قوله : « فصل : ولا يجبر الممتنع عن إحداث حائط بين الملكين » .

أقول : وجه هذا ظاهر لأن إحداث الحائط بين الملكين يستغرق جزءاً من كل واحد من الملكين أما إذا كان لا يندفع الضرر بين الشريكين إلا به أجبر الممتنع للأدلة الواردة في عدم جواز المضارة والأخذ على يد من من أرادها ، وأما كونه لا يجبر على قسمته فذلك يستقيم إذا كان لا يمكن قسمته أو تضرّه القسمة ، أما إذا كانت ممكنة بحيث ينتفع كل واحد بنصيبه أو طلبها المنتفع أجبر شريكه على ذلك ولا سيما إذا كان يندفع بها ضرار بينهما ،

وأما قوله : « بل على إصلاحه » فإن كان الإصلاح لدفع ضرار مجوز[1] فذلك وجه صحيح ، وإن كان لأجل أن ينتفع به الشريك مع رغوب الآخر عن إصلاح ملكه فالكلام فيه كما تقدم في شركة العلو والسفل ، وأما كونه لا يفعل أحدهما فيه غير ما وضع له ، فوجهه ظاهر إذا كان وضعه لنفع خاص تواطآ عليه ، لا إذا كان وضعه لمطلق النفع من غير تقييد ، وهكذا ليس لأحدهما أن يستبد به لأن في ذلك افتيات على شريكه ، واستغزاق لحقه الثابت ، وأما مع الإذن فظاهر أنه يجوز للمأذون أن يفعل غير ما وضع له وأن يَسْتَبْدِله .

قوله : « ولا يثبت حق بيد » .

(١) يقصد أنه ضرار محتمل جائز الوقوع .

أقول : ثبوت اليد على ما هو من الحقوق التابعة للأملاك يفيد الثابت ظهوراً يكون به القول قوله مع يمينه والبينة على غريمه ، لأنه يدعي خلاف الظاهر ، فهذه الكلية التي جاء بها المصنف لا يعرف لها وجه فإنه صار يجعل القول قول من شهد له الظاهر في كل باب ، فما باله ها هنا خالف عادته بل سيأتي له في الدعاوى أن المدعي من معه خفيّ الأمرين ، ولا شك أن ثابت اليد على الحق معه ظاهر الأمرين ومع من لم يكن ثابت اليد عليه أخفى الأمرين ، وأما تعليل هذا النفي بأنه قد يتسامح في الحقوق فلا يفيد شيئاً لأنه قد يتسامح في بعض الأملاك كما يتسامح في بعض الحقوق ، على أن هذا التسامح لا ينافي الظهور الذي هو المطلوب من تأثير ثبوت اليد على الحق .

وأما قوله : « وإذا تداعيا الجدار » الخ فوجهه أن هذه قرائن يستفاد بها الظهور والقول قول من معه الظاهر فإذا لم يكن ثَمّ قرينة يفيد ذلك اشتركا فيه إذا لم يبق سبيل إلى ما يصلح مستنداً للحكم به لأحدهما .

فصل

وَلَا يُضَيَّقُ قَرَارُ السِّكَكِ النَّافِذَةِ ، ولا هَوَاؤُها بِشَيْءٍ ، وإِن اتَّسَعَتْ إِلّا بِمَا لا ضَرَرَ فيه لمصلحة عامة بإذن الإمام ، أو خاصة فيما شَرَعوه كالميزاب ، والسَّابَاطِ والرَّوْشَنِ والدَّكة والمَسِيل والبَالُوعة[1] ولا المُنْسَدّة إلا بإذن الشّركاء ، ويجوز الطَّاقات والأَبواب والتَّحْويل إلا إلى داخل المُنْسدَّةِ بغير إذن أهله ، وفي جعل بَيْت فيها مَسْجداً أو نحوه نَظَر[2] .

(١) الميزاب : معروف .
الساباط : سقيفة تحتها ممر نافذ... والجمع سوابيط .
الروش : الكوة .
الدكة : المكان المرتفع يجلس عليه .
المسيل : مجرى السيل .
البالوعة : ثقب ينزل فيه الماء .

(٢) إذا أراد أحد أرباب السكة المنسدة أن يجعل بيته فيها مسجداً أو طريقاً مسبلاً نافذاً ففي صحته ذلك نظر . شرح الأزهار ٣/٣٧٢ .

قوله : « فصل : لا يُضيق قرار السكك النافذة » .

أقول : الوجه في هذا أنه قد صار الحق للمارة ، ففي تضييقها إبطال لبعض ما هو حق لهم وقد يُفضي ذلك إلى الإضرار بهم بالازدحام إذا كثر المارون بها ، وهذا في المَسِيلة ظاهر ، وأما المشروعة بين الأملاك الخاصة فالحق لهم إذا تراضوا على تضييقها كان لهم ذلك .

وأما قوله : « إلا بما لا ضرر فيه » فغير ظاهر لأن المفروض أنها قد صارت حقاً عاماً لمن يمر بها فكيف يجوز تضييقها للمصلحة العامة بإذن الإمام ، فإن مجرد التضييق يحصل به مفسدة على المارة ، ولو في بعض الأحوال ودفع المفاسد مقدم على جلب المصالح بالاتفاق ، ثم نفي الضرر لا يستلزم نفي ما هو دونه من التأذي بالتضييق فإن أراد به نفي الضرر وما هو دونه على كل حال وفي كل وقت فلا بأس لعدم وجود المفسدة حينئذ .

وأما قوله : « أو خاصة فيما شرعوه » فلا بد من تقييده بوقوع الإذن من جميع المالكين الشارعين بها بين أملاكهم ولا فرق بينها وبين المنسدة في الاحتياج إلى الإذن من المالكين في كل واحد منهما ولا مدخل لإذن الإمام في ذلك لوجود من له الملك أو الحق .

وأما قوله : « ويجوز فتح الطاقات » الخ فوجهه أنه لا يحصل لذلك ضرر على المارة ، وأما استثناء داخل المنسدة فوجهه أن الحق فيها مشترك بين أهلها فلا يجوز إحداث شيء فيها إلا بإذنهم .

وأما قوله : « وفي جعل بيت فيها مسجداً أو نحوه نظر » فلا وجه لهذا النظر لأنه إن حصل الإذن من جميع أهل المنسدة جاز جعل بيت فيها اصطبلاً فضلاً عن مسجد وإن لم يأذنوا لم يجز لأنه يؤدي إلى كثرة استطراق تلك المنسدة إليه ولا سيما وهو لا يكون مسجداً إلا إذا فتح بابه إلى ما الناس فيه على سواء كما يأتي في الوقت .

فصل

وإذا الْتَبس عَرْض الطَّرِيق بَيْن الأَمْلاك بَقِيَ لِمَا تَجْتَازُه العمَارِيَّات[1] اثنا عَشَر ذِرَاعاً ولِدُونه سَبْعَة وفي المُنْسَدّة مثل أَعْرض بَابٍ فيها ، ولا يُغَيِّر ما عُلم قَدْرُه ، وإن اتّسَع وتُهْدَم الصَّوَامع المُحْدثة المَعْورة لا تَعْلِية المِلْك ، وإن أَعْورت[2] فلِكُلٍّ أَنْ يفعل في مِلْكه ما شاء وإنْ ضَرَّ الجار إلا عَنْ قِسْمَةٍ .

قوله : (فصل : وإذا التبس عرض الطريق بين الأملاك الخ » .

أقول : ينبغي أن يقال هنا ترك ما لا يضر بمن يعتاد المرور فيها ، فإن مآرة الطريق تختلف فقد لا يمر فيها شيء من الدواب لا محملة ولا غير محملة فيترك حينئذ ما لا يضر بمن يمر فيها ، فإن كانت معتادة لمرور الدواب فيها ترك ما لا يضر بها عند مرورها ، ولا وجه لما ذكره المصنف من المقادير ، فقد يحتاج المارة فيها إلى زيادة على ما ذكره كالطرق المعتادة لمرور الجيوش فيها خيلاً ورجلاً ، وقد يكفي ما هو دون ما ذكره كالطرق التي لا يمر فيها إلا بنو آدم وصغار الدواب ، فإنه يكفي فيها دون السبعة الأذرع ، وهكذا لا وجه لتقييد المُنْسَدّة بأَعْرضِ[3] بابٍ فيها فقد يعتاد أهلها دخول الدواب إليها بأحمالها ، ولكنه قد ثبت في الصحيحين[4] وغيرهما من حديث أبي هريرة أنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « إذَا اخْتَلَفْتُمْ فِي الطَّرِيق فَاجْعَلُوه سَبْعَةَ أَذْرُعٍ » وهو ما يدل على الرجوع إلى هذا المقدار في كل طريق ، وقد ورد تقييد هذا المطلق بما أخرجه عبد[5] الرزاق من حديث ابن عباس

---

(١) العماريات : ما يحمل على جملين معترضين .

(٢) أعورت : كشفت ستر الدار أو أخلت بحرزها .

(٣) يريد بذلك ــ على ما أورده المصنف ــ من أنه إذا كان التشاجر في عرض الطريق في الأزقة المنسدة فإنه يبقي لها مثل أعرض باب فيها . مختصر شرح الأزهار ٣/٣٧٣ .

(٤) الحديث رواه الجماعة إلا النسائي . وفي لفظ لأحمد : « إذا اختلفوا في الطريق رفع من بينهم سبعة أذرع » . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٩٥ .

(٥) الطريق الميتاء : أعظم الطريق . وهي التي يكثر مرور الناس فيها . وقيل هي الطريق الواسعة . وقيل العامرة . نيل الأوطار على المنتقي ٥/٢٩٥ .

عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم بلفظ « إِذَا اخْتَلَفْتُمْ فِي الطَّرِيقِ المِيتَاءِ فَاجْعَلُوهَا سَبْعَةَ أَذْرُعٍ » وكذا في حديث عُبادَة[١] عند الطبراني وحديث أنس[٢] عند ابن عَدِي وفي إسناد كل واحد منها مقال .

وأما قوله : « ولا بغير ما علم قدره » الخ فتكرار لما تقدم من قوله ولا يضيق قرار السكك .

قوله : « وتهدم الصوامع المحدثة الخ » .

أقول : إن كان إحداثها في موضع يختص بمحصورين فلا بد من إذنهم لأن لكل واحد منهم حقاً في ذلك الموضع الخاص بهم ، وإن كان إحداثها في مكان لا يختص بمحصورين ، ولا تضييق فيها على المارة ولا على أهل الحق العام ، وليس إلا كونها مرتفعة على البيوت ، ويمكن أن يكون المؤذن غير عدل في الباطن فهذه مفسدة يمكن دفعها بما يتعذر معه النظر منها إلى المحلات التي يقع الأطلاع عليها مع رعاية المصلحة العامة لهم بسماع الأذان إذا كانوا في مكان بعيد عن الأمكنة التي يؤذن فيها ، فإن هذه مصلحة خالصة بعد دفع تلك المفسدة ، فلا ينبغي إطلاق هدمها كما فعل المصنف بل لا بد من التقييد بما ذكرنا .

وأما قوله : « لا تعلية الملك وإن أَعْورت » فبني على ما عقبه به من قوله فلكل واحد أن يفعل في ملكه ما شاء وإن ضر الجار ، وهذه الكلية الشاملة لما في السياق وغيره تقشعر لها الجلود وترجف عندها الأفئدة ، فإن التوصية بالجار كتاباً وسنة والأوامر النبوية بالإحسان إليه ودفع ما يضره حتى قال[٣] صلى الله عليه وآله وسلم « وَالذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَا يُؤْمِنُ

---

(١) لفظ الطبراني كما أورده الشوكاني في نيل الأوطار : « قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في الطريق الميتاء ... الخ » وقد روى حديث عبادة أيضاً عبد الله بن أحمد في مسند أبيه . وأورده المنتقي بلفظ : « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى في الرحبة تكون في الطريق ثم يريد أهلها البناء فيها فقضى أن يترك للطريق سبعة أذرع وكانت تلك الطريق تسمى الميتاء » . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٩٥ .

(٢) نيل الأوطار على المنتقي ٥/٢٩٥ .

(٣) الفظ البخاري عن أبي شريح أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « والله لا يؤمن والله لا يؤمن والله لا يؤمن ... قيل ومن يا رسول الله ـ قال : الذي لا يأمن جاره بوائقه » . الحديث أخرجه مسلم بمعناه ... والبوائق جمع بائقة وهي الغائلة . صحيح البخاري ٨/١٢ .

أَحَدُكُم حَتَّى يَأْمَنَ جَارُه بَوَائِقَهُ » لو تعرض متعرض لجمعها لجاءت في مصنف مستقل وناهيك بقوله[1] صلى الله عليه وآله وسلم : « لَا يَمْنَعُ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ » كما في الصحيحين وغيرهما من حديث أبي هريرة ، ولا يقال إن في منعه من أن يفعل في ملكه ما شاء إضرار به لأنا نقول هو لم يمنع من أن يفعل في ملكه ما شاء بل ممنوع من أن يضر جاره كما أن جاره ممنوع من أن يضر به فما يقتضيه الملك ـ من جواز الانتفاع به كيف يريد مالكه ـ مقيدٌ بعدم الضِّرار ، وقد ثبت له على جاره مثلما ثبت له عليه ولم يجعل التقييد خاصاً بأحدهما وقد حرم القرآن الكريم الضرار في عدة آيات مع اختلاف الموارد فكيف لا يثبت مثله في حق الجار مع قوله سبحانه[2] : ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً﴾ إلى قوله :[3] ﴿وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَى وَالْجَارِ الْجُنُبِ﴾ وأما استثناء المصنف من هذه الكلية قوله إلا عن قسمة فما أبرد هذا الاستثناء فإنه لم يرد دليل يدل على مزيد اختصاص المجاورة عن قسمة بحكم زائد على المجاورة لا عن قسمة ولكن تفريع أحكام الشرع إذا كان غَيْرَ مَنْظور فيها إلى ما وَرَدَ به الشّرع بل إلى ما دَوَّنَه الرّاجعون إلى مَحْض الرأي كان[4] على هذه الصفة .

فصل

وإذَا اشْتُرِك فِي أَصْل النَّهْر أو مَجَارِي المَاء قُسِم عَلَى الحِصَصِ إن تَمَيَّزَت ، وإلا مُسِحَت الأَرْضُ[5] وأجرة القَسّام عَلَى الحِصَصِ ولِذِي الصَّبابة[6] ما فضل عن كِفَايَة الأَعْلَى ، فَلَا تُصْرَف عَنْه ، ومَنْ فِي مِلْكه حَقّ مَسِيل أو إساحة لم يَمْنع المُعْتاد ، وإن

(١) الحديث رواه الجماعة إلا النسائي ومن تمام الخبر كما في المنتقى : « ثم يقول أبو هريرة : مالي أراكم عنها معرضين؟ والله لأرمين بها بين أكتافكم » . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٢٩٢ .

(٢) الآية الكريمة ٨٣ من سورة البقرة وتكررت في غيرها .

(٣) الآية الكريمة ٣٦ من سورة النساء .

(٤) جملة « كان على هذه الصفة » . جواب إذا الشرطية . والشرط وجوابه خبر « لكن تفريع أحكام الشرع » .

(٥) مسحت الأرض : يعني أرض النهر إذا كانت الشركة فيه أو أرض المجري وقسم على الرؤوس . شرح الأزهار ٣/٣٧٥ .

(٦) ذو الصبابة : الذي يقع مصب الماء في قسمته .

ضَرّ ، وعليه إصْلاحه ، ويَمْنَعُ المُحْيِي لِحَرِيمِ العَيْنِ والبِئْرِ والمَسِيل والدَّارِ إِلّا المَالِكَ[1] لَا مَنْ جَرَّ مَا فِي مِلْك غَيْرِه مِنْ مِلْك نَصِيبِهِ أو سَقَى بِنَصِيبِهِ غَيْرَ ذَاتِ الحَقّ إلا لإضْرار .

قوله : « فصل : وإذا اشترك في أصل النهر الخ » .

أقول : القسمة لما يتعلق به ملك أو حق ثابتة ، لأن ذلك يُحَصّل العدل بين الشركاء ، ويصل كل ذي حق بحقه من غير تظالم ،فلا وجه للاعتراض على المصنف سواء اراد قسمة المجاري والقرار أو قسمة الماء الذي هو الغرض المقصود وذلك بأن يكون لبعض الشركاء هذا المجرى ، وللآخر هذا ، أو يكون لأحدهم الماء النابع من النهر في يوم ، وللآخر كذلك ، وإذا لم يمكن الوقوف على قدر الحصص مع ثبوت أصل الاشتراك فالقسمة تكون على قدر الأموال التي ثبت استحقاقها للسقي من ذلك النهر . وهذا كلام ظاهر واضح لا غبار عليه .

قوله : « ولذي الصبّابة ما فضل عن كفاية الأعلى » .

أقول : وجه هذا ما أخرجه ابن ماجة[2] وعبدالله بن أحمد والبيهقي والطبراني من عُبَادة « أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وآله وسلم قَضَى في شِرْبِ النَّخْلِ مِن السَّيْلِ إلا الأَعْلَى يَشْربُ قَبْلَ الأَسْفَلِ وَيَتْرُك الماءُ إلى الكَعْبَيْن ، ثم يُرْسَلُ المَاءُ إلى الأَسْفَلِ الَّذِي يَلِيه ، ثم كَذَلك حَتَّى تَنْقَضِيَ الحَوَائِطُ أَوْ يَفْنَى الماءُ » وفي هذا الحديث انقطاع ولكنه يقر به ما أخرجه أبو داود[3] وابن ماجة من حديث عَمْرو بن شُعَيب عن أبيه عن جده « أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وآله وسلم قَضَى فِي سَيْل مَهْزُورٍ أَنْ يُمْسَكَ حَتَّى يَبْلُغَ الكَعْبَيْن ثم يُرْسَلُ الأَعْلَى عَلَى الأَسْفَلِ » قال ابن حجر في الفتح إن إسناده حسن ، وأخرجه أيضاً الحاكم[4]

---

(١) إذا كان للرجل عين أو بئر أو مسيل أو دار وأراد غيره أن يحيي بقربه لم يجز له ذلك إلا برضاء المالك وللمالك أن يمنع المحيي لحريم العين والبئر والمسيل والدار إلا المالك من قبل حدوث العين . المصدر السابق .

(٢) في إسناد الخبر إسحق بن يحيى قال ابن عدي : يروى عن عبادة ولم يدركه وكذا قال غيره : المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٤٥ . سنن ابن ماجه ٢/٨٣٠ .

(٣) مهزور : وأدى بني قريظة بالحجاز ... أو هو واد من أودية المدينة ... أو موضع سوق المدينة . ويرجع إلى لفظ الحديث في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٤٥ . سنن ابن ماجه ٢/٨٣٠ .

(٤) نيل الأوطار على المنتقي ٥/٣٤٥ .

في المستدرك وصححه من حديث عائشة وأخرجه أيضاً أبو داود[1] وابن ماجة من حديث ثعلبة بن أبي مالك وأخرجه أيضاً عبد الرزاق[2] في مصنفه عن أبي حاتم القُرَظِيّ عن أبيه عن جده ومجموع هذه الأحاديث تقوم به الحجة فيكون امساك الأعلى للماء إلى أن يبلغ الكعبين ثم يرسله وقد ثبت في الصحيحين[3] وغيرهما من حديث عبدالله بن الزبير عن أبيه «أَنَّ رَجُلاً مِنَ الأَنْصَارَ خَاصَم الزُّبَيْر في شِرَاج الحَرَّةِ الَّتِي يَسْقُون بها النَّخْل فقال الأنصاريُّ سَرِّحْ الماءَ يَمُرُّ فَأَبَى عَلَيْه فَاخْتَصَمَا عِنْد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم للزبير: «أَسْقِ يَا زُبَيْرُ ثُمَّ أَرْسِل (الْمَاءَ) إلى جَارِكَ، فَغَضِبَ الأَنْصَارِيُّ، ثمَّ [قال]: يا رسولَ الله أَنْ كَانَ ابْنَ عَمَّتِكَ، فَتَلَوَّنَ وَجْهُ رسولِ الله صلى الله عليه وآله وسلم، ثُمَّ قال لِلزُّبَيْر: اسْقِ يا زُبير ثم احْبِسْ حَتَّى يَرْجعَ المَاءُ إلى الجَدْرِ» زاد البخاري في روايـة[4] «فَاسْتَوْعَى رسولُ الله صلى الله عليه وآله وسلم حينَئذٍ للزّبير حَقَّهُ وكان قبل ذلك قد أشار على الزبير برأي فيه سعة له وللانصاري فلما أحفظ الأنصاري رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم استوعى في صريح الحكم وفي رواية للبخـاري[5] قال ابن شهاب: «فقدَّرتِ الأَنْصَارَ والنَّاسُ قولَ رسولِ الله صلى الله عليه وآله وسلم اسْقِ يَا زُبَيْر ثُمَّ احْبِسْ المَاءَ حَتَّى يَرْجعَ إلى الْجَدْرِ فَكَانَ ذَلِك إِلَى الْكَعْبَيْنِ» فكان هذا الحديث الصحيح موافقاً للأحاديث المتقدمة فثبت أن الأعلى يمسكه حتى يبلغ الكعبين، ثم يرسله، وأن الأحق بالسقي الأعلى فالأعلى.

---

(١) تفرد ابن ماجه بهذا الحديث عن ثعلبة وليس له شيء في بقية الستة وفي سنده زكريا بن منظور المدني القاضي ... وضعفه حمد وابن معين وغيرهما. نيل الأوطار على المنتقي ٥/٣٤٥. سنن ابن ماجه ٢/٨٢٩.

(٢) لفظ الحديث كما أورده في نيل الأوطار: «أنه سمع كبراءهم يذكرون أن رجلا من قريش كان له سهم في بني قريظة فخاصم إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في مهزر السيل الذي يقسمون ماءه فقضى بينهم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن الماء إلى الكعبين لا يحبس الأعلى على الأسفل». نيل الأوطار على المنتقي ٥،٣٤٥.

(٣) الحديث أخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه ... وقال الترمذي: حسن ... وأخرجهالبخاري ومسلم من حديث عبدالله عن أبيه وأخرجه البخاري والنسائي من حديث عروة عن أبيه وشراج بكسر الشين وأحدها شرجة مسايل الماء من الحرار إلى السهل ... والحرة كل أرض ذات حجارة سود والجدر بفتح فسكون الجدار أو أصل الحائط أو أصول الشجر أو جدر المشارب التي يجتمع فيها الماء في أصول النخل وروي الجدر بضمتين جمع جدار. وروي الجذر وهو مبلغ تمام الحساب. صحيح البخاري ٣/١٤٥. مختصر وشرح وتهذيب السنن ٥/٢٤٠.

(٤) الصحيح بشرح الفتح ٥/٣٩.

(٥) المصدر السابق.

قوله : « ومن ملكه حق مسيل الخ » .

أقول : وجه هذا أن الحق لما تعلق بملكه كان عليه البقاء على ما يوجبه الحق الثابت المستمر فليس له أن يمنع المعتاد ولا لصاحب الحق أن يطلب زيادة عليه ، وأما كون إصلاحه على من هو في ملكه فهذا مبني على أنه قد تقدم ما يوجب ذلك عليه من التراضي بينهما ، فإن لم يتقدم بينهما شيء فصاحب الحق هو الذي يصلح ما يتوصل به إلى استيفاء حقه ، وليس على صاحب الملك إلا بذل ملكه لإمرار الماء المعتاد فقط .

قوله : « ويمنع المحيي تحريم العين الخ » .

أقول : وجه هذا سبق الحق مع جري العادات بين الناس لذلك ، فكان المالك للعين والبئر والمسيل والدار مستحقاً لما يجاورها مما يتركه الناس في أعرافهم لمن هو مالك لأحد هذه الأمور ، ويكون الرجوع في المقدار إلى الأعراف الغالبة ، إذ ليس في المقام ما يصلح للاحتجاج به ، والاستناد إليه وأما استثناء المصنف للمالك فليس فية كثير فائدة لأنه إنما يمنع غير صاحب الحق لا صاحبه فله أن يصنع به ما شاء .

قوله : « لا من جرَّ ماءً في ملك غيره من ملك نفسه » .

أقول : وجه هذا أنه حفر في ملكه فانسياق الماء إليه فضل من الله عز وجل ، فليس لمن كان الماء في ملكه أن يخاصمه لأنه لا يجد عليه سَبِيلاً يقتضي الخصومة ، وهكذا من سقى بنصيبه غير ذات الحق فإنه لما كان مستحقاً للسقي جاز له أن يصرفه حيث شاء ، ويسقي به من[1] أراد من أملاكه حيث لا مجاوزة للمقدار المستحق وإلا كان ممنوعاً من الزيادة التي زادها في السقي لغير ذات الحق ، ولهذا استثنى المصنف بقوله إلا الإضرار فهذا الاستثناء صواب .

---

(١) كذا بالأصل المخطوط ... والأقرب إلى السياق لفظه « ما » بدل « من » .

فصل

وَيُمْلَكُ المَاءُ بِالنَّقْلِ والإِحْرَازِ ، أَوْ مَا فِي حُكْمِهِمَا ، فَتَتْبَعُهُ أَحْكَامُ المِلْكِ ، وهُو مِثْلِيّ[1] في الأَصَحّ وَمَا سَوى ذَلك فَحَقٌّ لِمَن سَبَق إليه قَدْر كِفَايتهِ ، ولو مُسْتَخْرَجاً مِنْ مِلْكٍ فِي الأَصَحّ ، لكن يَأْثَمُ الدَّاخِلُ إِلَّا بِإِذْنٍ والأَخْذُ على وَجْهٍ يَضُرّ .

قوله : « فصل : ويملك الماء بالنقل والإحراز » .

أقول : قد قدمنا في باب الإحياء الأدلة الدالة على اشتراك الناس في تلك الأشياء التي من جملتها الماء ، ويقدم ما فيه التصريح بأنه من الأشياء التي لا يحل منعها ، فاقتضت هذه الأدلة أنه مشترك بين العباد ليس بعضهم أولى به من بعض فهذا هو النوع الأول من الأدلة الواردة في الماء .

النوع الثاني من الأدلة النهي عن منع فضل الماء كما في الصحيحين[2] وغيرهما من حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : « لَا تَمْنَعُوا فَضْلَ الْمَاءِ لِتَمْنَعُوا بِهِ الكَلَأَ » وفي لفظ المسلم[3] « لَا يُبَاعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُبَاعَ بِهِ الْكَلأُ » وفي لفظ للبخاري[4] « لَا تَمْنَعُوا فَضْلَ الْمَاءِ لِتَمْنَعُوا بِهِ فَضْلَ الْكَلَإِ » وفي الباب أحاديث[5] المجموع منها يدل على المنع من بيع فضل الماء ليتوصل بمنعه إلى المنع من الكلأ ، وظاهرها أنه يجوز منع غير الفضل ويجوز منع الفضل لغير منع الكلأ .

النوع الثالث ما قدمناه قريباً من أنه يجوز للأعلى أن يمسك الماء في أرضه إلى الكعبين[6] ثم يرسله إلى من تحته ، فحصل من مجموع الأدلة الواردة في الماء بعد تقييد بعضها ببعض

---

(١) قالوا : لا يضر اختلافه في العذوبة والملوحة والخفة والثقل . شرح الأزهار ٣/٣٧٩ .

(٢) مر الحديث ص ٢٢٩ . ويراجع الصحيح بشرح الفتح ٥/٣١ .

(٣) مر الحديث ص ٢٣٠ . ويراجع مسلم بشرح النووي ٤/٧٥ .

(٤) مر الحديث ص ٢٣٠ . ويراجع الصحيح بشرح الفتح ٥/٣١ .

(٥) في الأصل المخطوط « وفي الباب حديث » وهو سهو واضح .

(٦) يرجع إلى حديث عبدالله بن الزبير السابق .

أنه يجوز للسابق إلى الماء المتقدم حقه فيه أن يمنع ما تدعو حاجته إليه ويرسل ما فضل لمن ينتفع به ، إما لِسَقْي أرض ، أو لِسَقْي دوابه ، أو للشرب منه ، أو للتطهر به ويزداد الإثم إذا منعه لغرض منع الكلاء ، فإنه قد جمع بين المنع لشيئين قد أثبت الشرع الاشتراك فيهما بين الناس وهما الماء والكلاء ، فالحاصل أن كل ماء موجود على ظهر الأرض فالأصل فيه الشركة بين العباد إلا قدر ما يحتاجه السابق الأحق ، فإن ذلك قد استثناه له الشرع وسوغه له ، وأما ما زاد على قدر الحاجة فليس له منعه ولا يملكه بإحرازه ولا غيره بل هو متعد بإحرازه لا لِحاجةٍ ، ومن دعت له إليه حاجة فهو أولى به ، وإن أحرزه بعد حرز فإن قلت قَيَّد مَنْع فَضْل الماء بأن يكون لمنع فضل الكلاء ، وظاهرهُ أنه يجوز منع فضل الماء بغير منع فضل الكلاء قلت : عرفت أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم جعل حبس الماء للأعلى حتى يبلغ الكعبين حقاً ثابتاً ، ثم أوجب عليه إرسال ما فضل عن ذلك ، ولم يسوغ له حبس هذا الفاضل ، وكذلك صرح بأن الناس شركاء في تلك الأمور التي من جملتها الماء ، وأنه لا يحل منعه فجمعنا بين الأحاديث بأن السابق إلى الماء أو المستخرج له من منابعه أحق بما تدعو إليه حاجته منه ، وليس له غير ذلك ولما كان منع فضل الماء لمنع الكلاء من جملة الصور الممنوعة بل من أشدها لجمعه بين مُنْكَرين ، وعارض هذا التقييد غيره مما هو أدل على المقصود منه لم يكن صالحاً للتقييد به ، فلا يجوز منع الفضل على كل حال ، وإذا تقرر لك هذا عرفت الكلام على جميع ما ذكره المصنف رحمه الله في هذا الا

باب القسمة

فصل

يُشْتَرطُ في الصَّحِيحَةِ حُضورُ المَالِكَيْن ، أَوْ نَائِبِهِم ، أَوْ إجَازَتِهِمْ ، إِلَّا فِي الْمَكِيْل وَالْمَوْزُونِ ، وتَقْوِيمُ المُخْتَلِف وتَقْدِيرُ المُسْتَوِى ومَصِيرُ النَّصِيبِ إلى المالِك أو المَنْصُوب الأمين ، واسْتِيفَاءُ المَرَافِقِ عَلَى وَجْهٍ لَا يَضُرّ أَيَّ الشَّرِيكَيْنِ حَسب الإِمْكَانِ ، وأنْ لا تَتَنَاوَلَ تركةً مُسْتَغْرَقَ بِالدَّيْنِ ، وَفِي الإجْبَار تَوْفِيَة النَّصِيبِ من الجِنْسِ إِلَّا فِي المُهَايَأَةِ[1] وأنْ لَا تَتبعهَا قِسْمَة إِلَّا بِالمُرَاضَاةِ فِيهِمَا .

قوله : (فصل : يشترط في الصحيحة الخ » .

أقول : ما كان مشتركاً بين جماعة من ميراث أو غيره كل واحد منهم مالك بقدر نصيبه منه ، فإن قسموه قسموه على قدر الأنصباء ، فإن كان ذلك المشترك من المكيل أو الموزون أو المذروع أو المعدود مع الاتفاق في الجنس والصفة ، فأمر القسمة في هذا ظاهر لا يحتاج إلى كلفة ، وإن كان من غير ذلك فلا يتم العدل في القسمة إلا بمعرفة القيمة ليذهب التغابن ، ولا بد عند القسمة من حضور كل مالك ليأخذ نصيبه أو حضور من ينوب عنه ، فإن كانوا لا يتهمون من حضر بخيانة من غاب كفى حضور بعضهم ، ولا بد أن يصير إلى كل واحد منهم ما ينتفع به بلا ضرر عليه إلا أن تلجيء الضرورة إلى ذلك بأن يكون المشترك بينهم شيئاً واحداً لا يمكن انتفاع كل واحد منهم بنصيبه ، فسيأتي

(١) الشرطان اللذان يعتبران في حالة الاجبار للممتنع من القسمة ... الأول : توفية النصيب من الجنس المقسوم إلا ما كان الطريق إلى قسمته المهايأة كالثوب والحيوان مما لا يمكن توفية النصيب من جنسه ... الشرط الثاني : ألا يجبر الممتنع على قسمة إلا أن تقع بالمراضاة فيهما . شرح الأزهار ٣/٣٨٤ .

أنها تكون قسمته بينهم بالمهايأة ، والحاصل أن مثل هذا الباب مرجعه التراضي ، لأنه من باب استيفاء الأملاك والحقوق ، فإن اختصموا في شيء قطع الخصومة بينهم حكام الشريعة بما هو أقرب إلى العدل .

فصل

وَهِيَ فِي المُخْتَلِفِ كَالمَبِيْعِ فِي الرَّدِّ بِالْخِيَارَاتِ[1] والرّجوع بالمُسْتَحَقِّ ولُحُوقِ الإِجَازَةِ وتَحْرِيمِ مُقْتَضَى الرِّبَا وفي المُسْتوى إفراز[2]

قوله : « فصل : وهي المختلف كالمبيع » .

أقول : وجه هذا أن لكل واحد منهم نصيباً في كل عين من الأعيان المشتركة ، فإذا تعين بعضها لبعضهم والبعض الآخر للآخر فكأن كل واحد باع ماله في ذلك الصائر إلى غيره ممن صار إليه بعوض وهو ما صار إلى هذا الآخر من النصيب ، وقد عرفت أن المناط في البيع وغيره من المعاملات هو التراضي ، فكذا هنا فإن رضا كل واحد بما صار إليه موجب للملك الآخر لما صار إليه ، وأما ما ذكره من الرد بالخيارات فمبني على وجود ما يقتضي الرد في نصيب أحدهم فقط ، أما لو كان المقسوم بينهم معيناً جميعه فليس لأحدهم أن يرد نصيبه لأن نصيب غيره كنصيبه في ذلك ، وأما ما ذكره من الرجوع بالمستحق فلا شك فيه لأن هذا الاستحقاق اقتضى بقاء نصيب من أخذ ذلك المستحق في أصل التركة إذ ليس هو منها .

وأما قوله : « ولحوق الإجازة وتحريم مقتضى الربا » فظاهران .

---

(1) القسمة في المختلف توافق البيع في أربعة أشياء وتخالفه في سبعة ... أما الأشياء الأربعة التي توافق البيع فيها . فأولها حق الرد بالخيارات ... الرؤية والشرط والعيب ... إلخ . المصدر السابق .

(2) القسمة في المستوى إفراز ... فلا يوافق البيع في الأمور الأربعة السابقة ... وأضاف في حاشيته على الشرح أنها إفراز في المكيل والموزون فقط . المصدر السابق .

وأما قوله : « في المستوى إفراز » فغير ظاهر لأن العلة التي صار لها غير المستوى كالبيع حاصلة في المستوى إذ نصيب كل واحد من الشركاء ثابت في كل أجزاء المستوى كما هو ثابت في كل أجزاء المختلف ، ثم أعلم أن هذا التشبيه لها بالبيع هو خاص بهذه الأحكام التي ذكر المصنف في هذا الفصل ، فلا يكون كالبيع في غيرها وقد بين ذلك أوضح بيان بقوله هي في المختلف كالبيع في كذا وكذا الخ فلا يرد عليه الاعتراض بغير ما قد بينه هنا .

فصل

وَلَا يُجَابُونَ إنْ عَمَّ ضَرُّهَا ، وَلَا رُجُوعَ إن فَعَلُوا[١] ، فإِنْ عَمَّ نَفْعُها أَوْ طَلَبَهَا المُنْتَفِعُ أُجِيبُوا ، وَيَكْفِي قَسَّامٌ وعَدْلَانِ ، والأُجرةُ عَلَى الحِصَصِ ، وبُهَا يَأْمَا تَضُرُّهُ[٢] ويُحَصَّصُ كُلّ جِنْسٍ فِي الأَجْنَاسِ وبَعْضٌ في بَعْضٍ فِي الجِنْسِ وإنْ تَعَدَّدَ للضَّرُورَةِ أَو الصَّلَاحِ[٣] ، وإذا اخْتَلَفَتْ الأَنْصِبَاء في أَرْض أُخْرِج الاسْم عَلَى الجُزْءِ وإلّا فَمُخَيَّر ، وَلَا يَدْخل حَقّ لم يُذْكر فَيَبْقَى كَمَا كَانَ . ومِنْه البَذْر والدَّفِينُ . ولا يُقْسَم الفَرْع دُون الأَصْل . والثَابِتُ دُونَ المُنْبَتِ[٤] والعكس إلا بِشَرْط القَطْع . وإن بَقِيَ أو الأرض دُون الزَّرْع ونَحْوه . ويَبْقَى بالأُجْرَةِ . وعلى رَبّ الشَّجَرَةِ أنْ يرفَع أَغْصَانها عن أَرْض الغَيْر . ولا تُمْلك بمجرَّد الشَّرْط[٥] فإن ادَّعى الهواءَ حَقاً فَالبيِّنة عَلَيْه . وهي على مُدَّعِي الغَبْن

---

(١) لا رجوع لاحدهم إن فعلوا ذلك طائعين .

(٢) مثال الأشياء التي تضرها القسمة وتصير فيها المهيأة ... الحيوان الواحد والسيف والفص والحانوت والحمام . شرح الأزهار ٣:٢٨٥ .

(٣) يحصص كل جنس في الأجناس المختلفة ... نحو أن تكون دوراً وأراض وطعاما ونحو ذلك ... فإنه يقسم كل جنس حسب حصة كل شريك ... وإذا كان المقسوم جنساً واحداً فإنه يقسم بعض ذلك في بعض في الجنس الواحد ... فلوكان المقسوم دارواحدة لم يقسم كل منزل فيها بل يجعل كل منزل مقابلاً لمنزل بالتقويم وأن تعدد المقسوم ... وإنما يفعل ذلك للضرورة أو الصلاح . المصدر السابق .

(٤) مثال ذلك قسمة الأرض دون الشجر .

(٥) لا تملك تلك الأغصان بمجرد الشرط .

والضَّرَرِ والغَلَطِ وتُسْمَع مِنْ حَاضِرٍ في الغَبْنِ [1] .

قوله : « فصل : ولا يجابون إن عم ضررها » .

أقول : لأن الضرر ممنوع شرعاً فطلب الجميع للضرر وإن كان كل واحد قد رضي بضرار نفسه لكن لا حكم لرضائه بضرار غيره . بل الظاهر أنه لا يجاب طالب الضرار فيما يضر نفسه فقط . لما ورد في الضرار عموماً وخصوصاً كتاباً وسنة . وبهذا تعرف أنه لا وجه لقوله ولا رجوع إن فعلوا بل لهم دفع الضرار عن أنفسهم ودفع ما يحل نزوله بهم ما لم يحدث بهذا الرجوع ضرار كالضرار الأول أو أشد منه .

وأما قوله : « فإن عم نفعها » فسلم أنهم يجابون إلى ذلك .

وأما قوله : « أو طلبها المنتفع أجيبوا » فإن كان انتفاعه يستلزم إنزال الضرر بغيره فلا يجاب بل ينظر في وجه يكون به الخلاص من ضرار غيره من إيصاله إلى نفع نفسه . إما ببيع للمشترك من الغير وقسمة ثمنه أو بمصيره إلى أحد الشركاء وتسليم حصته الآخر ثمناً لا عيناً .

قوله : « ويكفي قسام وعدلان » .

أقول : إن تشاجروا فلا يقطع خصومتهم إلا قسّام يقسم بينهم . ويوصل كل ذي حق بحقه ، وعدلان يُقَوِّمان ما يحتاج إلى التقويم . وأما إذا لم يتشاجروا وتراضوا فيما بينهم فلا يحتاج إلى قسام ، ولا إلى عدول للتقويم لأن التراضي هو كما عرفناك المناط المقتضي لتحليل بعض أموال العباد لبعض . وليس لبعضهم أن يطلب من بعد غير ما قد رضي به .

وأما قوله : « والأجرة على قدر الحصص » فإذا لم يتورع القسام ويترك طلب الأجرة للحديث الوارد في الزجر عن ذلك فأخذ الأجرة من كل واحد من المشتركين على قدر

(١) لا تسمع البينة من حاضر عند القسمة في وقوع الغبن عليه .

نصيبه أعدل من أخذها على خلاف هذا الوجه .

قوله : « وَيُهَا يَأْما تضرّه القسمة » .

أقول : إن وقع الرضا من الشركاء بذلك فلا بأس ، وإن طلبوا ما هو أقطع للشركة وأنفع لأهلها من مصير تلك العين التي تضرها القسمة إلى واحد منهم ولو بالقرعة وتسليم حصة الآخرين من الثمن كان لهم ذلك ، وهكذا بيعها من الغير وقسمة ثمنها بينهم ، والحاصل أنه ينبغي السعي فيما فيه الصلاح لهم وقطع الخصومة الكائنة بينهم ، فإن بقاء الشركة مظنة لحدوث ما عساه ينتهي إلى الشجار والضرار .

وأما قوله : « ويُحَصص كل جنس » الخ فوجهه أن لكل واحد منهم نصيباً في ذلك الجنس فإذا طلب مصيره إليه كان طالباً لحق ما لم يحصل بذلك ضرار للشركاء أولبعضهم . وهكذا الجنس الواحد لكل واحد أن يطلب نصيبه منه إلا إذا كان ذلك يوجب ضرراً . فإنه يقسم بعضه في بعض كما قال المصنف للضرورة أو الصلاح .

والحاصل أن دفع ما فيه مفسدة على الشركاء أو بعضهم وجلب ما فيه مصلحة لهم متعين على متولي القسمة بينهم ، ومن طلب منهم ما فيه مفسدة أو ذهاب مصلحة كان حقيقاً بالعقوبة حتى يرجع عن ذلك .

وأما قوله : « وإن اختلف الأنصباء أخرج الاسم على الجزء »فهذا وجه ما فيه رعاية المصلحة لهم ودفع المفسدة عنهم أو عن بعضهم ، وإذا أمكن ما هو أصلح من هذا فعله .

قوله : « ولا يدخل حق لم يذكر الخ » .

أقول : القسمة هي إيصال كل شريك بنصيبه من الملك وما يتبعه ، فلا وجه لقوله ولا يدخل حق لم يذكر بل كل حق يتبع ما هو متعلق به ، وإلا كان ذلك مقتضياً لخلل القسمة لأنه لم يحصل الإيصال التام والانفصال الحاسم للخصام ، فيتبع كل أرض طرقها ، وسواقيها ، وصباباتها ، وشربها ، ويتبع كل دار طرقها ونحوها فإن كان بعض الحقوق

تؤدي قسمته إلى الضرار لم تجز قسمته وبَقِيَ مُشتركاً بينهم ، وينتفع كل واحد منهم به بقدر نصيبه لكن من هذه الحيثية لا من الحيثية التي ذكرها المصنف ، وهي أنه لا يدخل حق لم يذكر ، وأما البذر والدفين فإن كان مشتركاً بين المقتسمين فلا وجه لبقائه بل يقسم بينهم على قدر الأنصباء إن كَانَا لِواحدٍ منهم أو لغيرهم فليسا مما نحن بصدده ، وتكون قسمة البذر يتعين نصيب مما يخرج منه لكل واحد منهم بقدر نصيبه ، وأما الدفين فيستخرج ويقسم كائناً ما كان .

قوله : « ولا يقسم الفرع دون الأصل الخ » .

أقول : لما في ذلك من الضرار والقسمة إنما شرعت لدفعه ، وهكذا قسمة النابت دون المنبت وهكذا العكس في الأمرين لأن ذلك كله موجب للخصومة المفضية إلى الضرار بالبعض أو الكل ، وشرط القطع وإن خفف شيئاً من هذه المفسدة لكن لا ينبغي جعله مسوغاً ، وهكذا الأرض دون الزرع لاستلزامه لذلك في الغالب ، ولكون القسمة غير تامة لعدم استيفاء ما يحتاج إلى استيفائه .

وأما قوله : « وعلى رب الشجرة أن يرفع أغصانها عن أرض الغير » فوجهه ظاهر لأنها إذا خرجت الأرض في نصيب أحد الشركاء ، وخرجت الأرض المجاورة لها التي فيها الشجرة في ملك الآخر كان في إظلالها لأرض صاحب الأرض ضرر عظيم عليه . فإن ذلك يؤدي إلى أنها لا تزرع ولا تصلح لغرس الشجر ، وهكذا غير الشركاء المقتسمين فإنه يجب على رب الشجرة أن يرفع أغصانها عن ملك غيره ، لما قدمنا من حصول الضرر بذلك ولا يجوز إقرار ما استرسل من الشجر على هواء أرض الغير إلا إذا وقع التراضي والتسامح ، فإن ادعى رب الشجر أن الهواء حق له فهو يدعي خلاف الظاهر فعليه البينة وأما كون البينة على مدعي الغبن والغلط والضرر فظاهر لأن كل واحد منهم يدعي خلاف الظاهر ، وأما كونها لا يسمع للدعوى من حاضر في الغبن فوجهه أن حضوره يدل على خلاف ذلك ، ولكن لا وجه للمنع من سماع دعـواه إذا برهن على ذلك وغاية ما يستفاد من حضوره

أن لا يكون القول قوله ، وأن تكون البينة عليه ، ولعل المصنف جعل الحضور في القسمة كتولي المكلف للبيع بنفسه وقد تقدم أنه لا يسمع منه دعوى الغبن ، وقد قدمنا هنا لك ما ينبغي الرجوع إليه والتذكرة له .

كتاب الرهن

شُروطه

العَقْد بَيْن جَائِزَي التَّصرّف ولَوْ مُعَلَّقاً[1] أو مُؤَقّتاً ، ويَلْغو شَرْط خِلَاف مُوجِبَه[2] وفيه الخِيَارَاتُ والقَبْضُ في المَجْلِس أَوْ غَيْره بالتَّرَاضِي ، ويَسْتَقِرّ بِثُبوت الدَّيْنِ قِيلَ وَبِحُلُولِهِ قِيلَ وَبِفَوَات العَيْن ، وكَوْنه مِمّا يَصِحّ بَيْعَه إِلّا وَقْفاً وَهَدْياً وَأُضْحِيَةً صَحّ بَيْعَهَا ، والمُؤَجَّرَةَ والمُزَوَّجَةَ مِنْ غَيْرِهِمَا وغَيْرَ عَبْدَيْهِمَا والفَرْعَ دُونَ الأَصْل والنَّابِتَ دُون المَنْبَت والعَكْس إلا بَعْدَ القَطْع وجُزْءاً مُشَاعاً إِلّا كله فيصح[3] ، ولو رَهَن من اثْنَيْن فَيَقْتَسِمَان أَوْ يَتَهَايَئَان حسبَ الحال ، ويَضْمَنُ كلٌّ مِنْهُما كُلّه وَيَبْقَى ضَمَانَ المُسْتَوْفِي لَا المُبْرِيء أَوْ وَاحد[4] فيضمن كُله وَيحْبِسَهُ حتى يَسْتَوْفِي مِنْهُمَا فَإن طَرَأَ الشّيَاعُ فَسَد .

قوله : « شروطه العقد بين جائزي التصرف » .

أقول : لا سبب هنا يقتضي اشتراط العقد كما يفعلونه في الأبواب التي توجب انتقال الملك لأنه لا انتقال هنا بل الرهن باق على ملك مالكه ، وغاية ما يعتبر هو التراضي بين الراهن والمرتهن على الرهنية وأما كونه بين جائزي التصرف فلا بد من ذلك لتوقف صحة التراضي عليه .

---

(١) معلقاً على شرط .

(٢) لو شرط في الرهن شرطاً يخالف موجب عقده لم يفسد العقد بذلك ... ومثال ذلك أن يشرط المرتهن أنه لا يضمن أو يشرط الراهن ألا يضمن زائد الدين ونحو ذلك . شرح الأزهار ٣/٣٩٦ .

(٣) كل ما يصح رهنه ... إلا هذه الأصناف العشرة التي ذكرها وهي :

الوقف والهدايا والأضحية والأمة المؤجرة والأمة المزوجة إذا أريد رهنهما من غير المستأجر والزوج وغير عبديهما ... فلو باع المرتهن عبده الذي هو زوج الجارية بطل رهنها والفرع دون الأصل .... الخ . المصدر السابق .

(٤) إذا رهن المشاع من شخص واحد رهنه منه اثنان صفقة صح ذلك . المصدر السابق .

وأما قوله : « ولو معلقاً » فلا مانع من ذلك من شرع ولا عقل .

وأما قوله : « ويلغو شرط خلاف موجبه » فوجهه أن موجبه أن يبقى بيد المرتهن حتى يستوفي دينه من الراهن ، فإذا شرط ما يخالف ذلك فقد شرط ما يرفع موجب الرهن وهو البقاء بيد المرتهن ، وهكذا كان رهنه صلى الله عليه وآله وسلم كما ثبت في صحيح البخاري[1] وغيره من حديث أبي هريرة قال : « رَهَنَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وآله وسَلَّم دِرْعاً لَهُ عِنْدَ يَهُودِيّ بِالْمَدِينَةِ وَأَخَذَ مِنْه شَعِيراً لِأَهْلِهِ » وفي الصحيحين[2] وغيرهما من حديث عائشة « أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وآله وسلم اشْتَرَى طَعَاماً مِنْ يَهُودِيٍّ إِلَى أَجَلٍ وَرَهَنَهُ دِرْعاً مِنْ حَدِيدٍ » وفي لفظ « لهما[3] تُوفيَ صلى الله عليه وآله وسلم وَدِرْعُهُ مَرْهُونٌ عِنْدَ يَهُودِيّ بِثَلَاثِينَ صَاعاً مِنْ شَعِيرٍ » وأما كون فيه الخيارات فوجهه أن الراهن قد يمطل في الدين أو يفلس فيصير الرهن للمرتهن بهذا السبب فله أن يرده بالعيب ونحوه ، وقد يكوب سبب ما يوجب الخيار فيه ناقصاً عن الوفاء بدين المرتهن فيطلب إبداله بما يفي بدينه .

وأما قوله : « والقبض في المجلس » فوجهه أنه لا يكون الرهن رهناً إلا بقبض المرتهن له لأنه باق على ملك الراهن ، فلا يثبت به الحق للمرتهن إلا بالتراضي مع القبض ولا يحتاج مثل هذا إلى الاستدلال لأن ماهية الرهنية لا توجد إلا بذلك ، وأما اعتبار المجلس فلا وجه له إلا مجرد الخيال بما يزعمونه من اشتراط العقد ، وقد أحسن المصنف بتعقيبه بقوله أو بعده مع التراضي ، فإن الرهن ليس هو إلا التراضي مع القبض حتى يثبت تعلق الحق للمرتهن به وليس في حديث[4] « الرَّهْنُ يُرْكَبُ ودَرُّه يُشْرَبَ وعلى الَّذِي يَرْكَبُ ويَشْرَبُ

---

(١) الحديث في الصحيح عن أنس رضي الله عنه ... وقد أورده كذلك في المنتقي ... وقد رواه إلى جانب البخاري أحمد والنسائي وابن ماجه . صحيح البخاري ٣/١٨٦ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٦٣ .

(٢) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٦٣ . صحيح البخاري ٣/١٨٦ .

(٣) لاحمد والنسائي وابن ماجه مثل.هذا من حديث ابن عباس وقد علق عليه صاحب المنتقي وعلى حديث عائشة بلفظيه فقال : « وفيه من الفقه جواز الرهن في الحضر ومعاملة أهل الذمة » . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢١٣ . صحيح البخاري ٣/١٥٦

(٤) الحديث مروي عن أبي هريرة ... رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائي ... ولفظ البخاري في المنتقي وبلوغ المرام : « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا وعلى الذي يركب ويشرب النفقة » وفي أبي داود الالتزام باللفظ مع عدم الالتزام بالترتيب وللمعلقين كلام طويل في استخلاص فقة الحديث ننصح الدارس بالرجوع إليه . صحيح البخاري مختصر وشرح وتهذيب السنن ٥/١٧٨ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٦٤ . بلوغ المرام ٣/٤٩ .

نَفَقَتُهُ » ما يدل على عدم اشتراط القبض لأن الرهن غير مراد بهذا الحديث . لكونه ملكه . وعلى المالك إنفاق ملكه فكيف جعل عليه النفقة في مقابل الشرب والركوب وأيضاً ورد في لفظ من ألفاظ هذا الحديث عند أحمد[1] « إِذَا كَانَتِ الدَّابَّةُ مَرْهُونَةً فَعَلَى المُرْتَهِنِ عَلَفُهَا » وأما كونه يستقر ثبوت الدين ، فوجهه أنه لا يصدق عليه مسمى الرهن إلا بذلك لأنه لا يكون إلا في مقابلة دين ثابت على الراهن ، فقبل ثبوته عليه ليس برهن وإنما هو مهيأ للرهنية .

وأما قوله وبفوات العين ، فلا وجه له بل يستقر رهناً بمجرد قبض الراهن لتلك العين التي وقع الرهن لها فليس للراهن استرجاعه إلا برد العين ، وهذا هو المعنى الاستقراري استقرار الرهينة وتسلط المرتهن على حبس الرهن ، وأما الضمان فباب آخر وأما اشتراط كون الرهن مما يصح بيعه ، فلا وجه له بل ينبغي أن يقال وكونه مما يصح تملكه حتى إذا عجز الراهن عن الوفاء أو أفلس صار الرهن ملكاً للمرتهن ، ولو قال المصنف هكذا لم يحتج إلى قوله إلا وقفاً الخ وقد طول المقال في الصور المستثناه .

فصل

وَلَا يَصِحّ فِي عَيْنٍ إِلَّا بَعْدَ التَّضْمِينِ ، ويَكْفِي طَلَبُه من المُسْتَعِير والمُسْتَآم[2] . لَا الوَدِيع والمُسْتَأْجِر وَلَا فِي وَجْهٍ[3] وجِنَايَةِ عَبْد وتَبَرّعاً بغَيْر أَمْرٍ وإِضَافَةٍ ، وكُلّ فَوَائِدِهِ رَهْنٌ مَضْمُون لَا كَسْبُه ، ومُؤَنُه كُلُّها عَلَى الرَّاهِنِ فإن اتَّفق المُرتهن فَكَالشَّرِيك .

قوله : « فصل : ولا يصح في عين الخ » .

أقول : إذا كان المطلوب من المراهنة هو أن يتوثق المرتهن بما صار من ماله عند

---

(١) تمام الحديث عند أبي هريرة أيضاً : « ولبن الدر يشرب وعلى الذي يشرب نفقته » . وللحديث ألفاظ أخرى عند الدارقطني والحاكم المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٦٤ .

(٢) المستأم : المتروي للشيء .

(٣) لا يصح الرهن أيضا في وجه أي الرهن بكفيل الوجه .

الراهن فلا فرق بين عين ودين لوجود الغرض من المراهنة فيهما ، ومن ادعى أنه لا يكون إلا في ذين فعليه الدليل ، ولا ينفعه ورود الرهن في الدين ، فإن ذلك لا ينفي صحته في العين ، ولا يصلح للمانعية ، ثم ما ذكره من الاكتفاء بطلب الرهن في التضمين للمستعير والمستام دون الوديع والمستأجر لا وجه له ، ولا يرجع إلى رواية ولا رأي صحيح وقد قدمنا الكلام على هذا في الفصل الذي عقده في الإجارة لمن يضمن ومن لا يضمن .

وأما قوله : « ولا في وجه » فظاهر لأنه لم يكن قد تعلق بذمة كفيل الوجه ما يقتضي الاستيثاق منه بالرهن .

وأما قوله : « وجناية عبد » فلا وجه للمنع منه لأنه قد تعلق أرش تلك الجناية بمال السيد ، وإن اختار تسليم رقبة العبد لأنها مال من جملة ماله ، ولا منافاة بين تعلقها برقبة العبد وبين كونها متعلقة بمال السيد ، وإنما هذه الفروقات والتفريعات كثيراً ما تقع مبنية على غير أساس .

وأما قوله : « وتبرعاً بغير أمر وإضافة » فصحيح لأنه مع عدم الأمرين لا يكون رهناً عن الذي عليه الدين أما لو أمره أو أضافه إليه وأجاز فظاهر أن ذلك يصح .

قوله : « وكل فوائده رهن مضمون » .

أقول : قد قدمنا ما ثبت في صحيح البخاري وغيره من حديث أبي هريرة[1] عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه كان يقول : « الظَّهْرُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُوناً ، وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُوناً وعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ النَّفَقَةُ » وقد قدمنا أنه ثبت في رواية[2] بلفظ « إِذَا كَانَتِ الدَّابَّةُ مَرْهُونَةً فَعَلَى المُرْتَهِنِ عَلَفُهَا وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ ، وعَلَى الَّذِي يَشْرَبُ نَفَقَتُهُ » فكانت هذه الرواية معينة للمراد بالحديث وهو أن الفوائد للمرتهن والمؤن عليه ، ومما يؤيد هذا أنه لا معنى لكون الراهن يركب ويشرب

---

(١) هو الحديث السابق وقد التزم الشوكاني في هذا بلفظ البخاري .

(٢) مر الحديث أيضاً ص ٢٧٣ .

إلى مقابل النفقة فإن الرهن ملكه فلا ينفق على ملكه بعوض ولا يعارض هذا حديث أبي هريرة [1] عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: «لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ. لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» أخرجه الشافعي والدارقطني وحسن إسناده والحاكم والبيهقي وابن حبان في صحيحه، وله طرق، ولكن محل الحجة منه قوله: «له غُنْمه وَعَلَيْه غُرْمُه» وقد اختلف في رفع هذه الزيادة ووقفها، وصرح ابن وهب ـ راوي هذا الحديث ـ بأن هذه الزيادة من قول سعيد بن المسيب[2] وهكذا صرح أبو داود[3] في المراسيل أنه من كلام سعيد بن المسيب، فالرجوع إلى الحديث الأول مع صحته هو المتعين، فتكون الفوائد المنصوص عليها في الحديث للمرتهن ويلحق غيرها من الفوائد بها بالقياس بعدم الفارق، والكسب من جملتها، فلا وجه للفرق بينه وبينها، فتكون كلها للمرتهن والمؤن عليه من نفقة وغيرها مما تدعو إليه حاجة الرهن.

فصل

وَهُوَ كَالْوَدِيعَةِ إلا في جَوَازِ الْحَبْسِ، وأَنَّـه فِي العَقْدِ الصَّحِيحِ ولَوْ مُسْتَأْجَراً أَوْ مُسْتَعَاراً لِذَلك ولَمْ يُخَالِفْ المَالِكُ مَضْمُونٌ كُلّه ضَمَانَ الرَّهْنِ إنْ تَلِفَ بأَوْفَرِ قِيَمِهِ من القَبْضِ إلى التَّلَفِ والْجِنَايَةِ إن أُتلِفَ[4] وَ في نُقْصَان بِغَيْر السِّعْر يَسِيراً الأَرْشُ (غَالِباً)

---

(١) الحديث أخرجه أيضاً ابن ماجه من طريق أخرى ... وصحح أبو داود والبزار والدارقطني وابن القطان إرساله عن سعيد بن المسيب بدون ذكر أبي هريرة.

وقوله: «لا» يغلق الرهن» في القاموس غلق الرهن كفرح استحقه المرتهن وذلك إذا لم يفكه في الوقت المشروط. «ولا» يحتمل مية وأن تكون ناهية. المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٢٦٦. السنن الكبرى للبيهقي ٦/٣٩.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٦/٣٩.

(٣) يراجع الشوكاني في نيل الأوطار. وابن القيم الجوزية في تهذيب معالم السنن فقد أفاضا في بحث الموضوع وتناولا أكثر الأحاديث التي رويت في هذا المجال. نيل الأوطار على المنتقي ٥/٢٦٥. مختصر وشرح وتهذيب السنن ٥/١٧٨.

(٤) الرهن مع المرتهن كالوديعة إلا أنه يخالفها في أمرين:

أحدهما جواز الحبس ولو كره المالك.

والثاني أنه في العقد الصحيح ولو كان المرهون مستأجراً أو مستعاراً ولم يخالف المالك مضمون كله ضمان الرهن إن تلف بأوفر قيمة من القبض إلى التلف ويضمن ضمان الجناية ان تلف. شرح الأزهار ٣/٤٠٤.

وَكَثِيراً التَّخْيِير[1] ويُسَاقِطُ الدَّيْن[2] إلا لِمَانع ، وعلى مُسْتَعْمِله منهما إلا بإِذن الآخر الأُجْرة ، وتَصِيرَ رَهْناً ، ولا تُصْرَفُ لِلْمَالِكِ فيه بِوَجْهٍ إلا بإِذْنِ المُرْتَهِنِ ، فإن فَعَل نُقِضَ كالنِّكَاح إلا العِتْق والاسْتِيلاد عَلَى الخلاف .

قوله : « فصل : وهو كالوديعة » .

أقول : يرد أنه كالوديعة في أمر خاص وهي عدم جواز انتفاع المرتهن به وتصرفه فيه لا في جواز حبسه له حتى يستوفي دينه فإن ذلك هو موضع الرهن .

وأما قوله : « أنه في العقد الصحيح » فبني على أنه لا بد من العقد وقد عرفناك أنه لا وجه لذلك .

وأما قوله : « ولو مستأجراً أو مستعاراً لذلك » فظاهر أنه لا فرق بين كون الرهن ملكاً للراهن ، أو أنه استأجره أو استعاره ليرهنه ، فإن الكلام واحد في ضمان المرتهن عند من قال بضمانه ، وإن اختلف الحال فيما بين الراهن ومن استأجر منه الرهن أو استعاره منه .

وأما قوله : « مضمون كله ضمان الرهن إن تلف بأوفر قيمة من القبض إلى التلف » فمن ساقط التفريع وزائف الرأي وخبط الاجتهاد ، يا لله العجب كيف يكون هذا الضمان المشدد المؤكد الذي جاوز حد كل ضمان في الأبواب التي قد حصل فيها سبب من أسباب الضمان الشرعية ، كالغصب ، فلو أن رجلاً ارتهن عيناً وتوثق ببقائها لديه حتى يستوفي دينه ، ثم تلف بغير جناية ولا تفريط بأمر سماوي ، فهل يسوغ هذا شرع أو يقبله عقل أو يستحسنه رأي ، وقد عرفناك أن أموال العباد معصومة بعصمة الإسلام لا يحل لمسلم أن يحلها لغيره أو يستحلها بغير شرع واضح ، وإلا كان من أكل أموال الناس بالباطل أو تأكيلها ، وإذا عرفت هذا فلا ضمان على المرتهن إلا لجناية أو تفريط لأنه قد تسبب

(١) المراد إذا كان النقصان كثيرا .

(٢) الأرش الحاصل في الرهن يسقط عن الراهن في الدين بقدره . المصدر السابق .

بذلك إلى تلفها ، ولا يضمن غير ذلك كائناً ما كان لأنه أخذها بإذن مالكها في حق أثبته له الشرع وهو التوفق ببقائها لديه في دينه الذي انتفع به مالكها .

وأما قوله : « وعلى مستعمله منهما » الخ فقد عرفت ما تقدم في فوائد الرهن والركوب استعمال للرهن ، وقد تقدم النص عليه في الحديث ، وأما استعماله على وجه ينقص به كلبس الثوب ، فلا يجوز ذلك للمرتهن ، فإن فعل لزمه أرش النقص فيما نقص بالاستعمال ، وأما الراهن فلا يجوز له ذلك لأن الرهن في حبس المرتهن ، فإن فعل فلا شيء عليه لأنه استعمل ملكه ، وأما كونه لا ينفذ للمالك فيه تصرف فظاهر لأن تصرفه فيه ببيع أو نحوه يخالف موجب الرهن ، فإن أذن المرتهن فقد رضي لنفسه بترك حقه المتعلق بالرهن من الحبس له حتى يستوفي دينه فإن فعل كان للمرتهن نقضه ، وأما استثناء العتق والاستيلاد فالظاهر أنهما لا ينفذان في الحال ، لأن حق المرتهن سابق لهما ، فإن انتهى الحال إلى رجوع الرهن للراهن نفذ وإلا فلا يثبت للعبد أو الأمة حكم الحرية ، ولا تصير أم الولد أم ولد بذلك .

فصل

وَإِذَا قَارَنَ التَّسْلِيطُ العَقْدَ لَمْ يَنْعَزِلْ إِلّا بِالْوَفَاءِ[1] وإِلّا صَحّ بِالْمَوْتِ أَو اللَّفْظِ وإيفاء البَعْض أَمَارَةٌ[2] ويَدُ العَدْلِ يَدُ المُرْتَهِن (غالباً)[3] وإِذَا بَاعَه غَيْرَ مُتَعَدّ لِلإِيفَاءِ أَوْ لِرَهْن الثَّمَنِ وَهُو في غيرَ يَدِ الرَّاهن فَثَمنُه وَفَاء أَوْ رَهْن مَضْمُون ، وهو قَبْل التَّسْلِيم مَضْمُون (غالباً) .

قوله : (فصل : وإذا قارن التسليط العقد الخ » .

(١) إذا قارن التسليط على بيع الرهن العقد لم ينعزل المرتهن إلا بالوفاء . شرح الأزهار ٣/٤١١ .

(٢) أمارة لنقض التسليط .

(٣) إذا اتفق الراهن والمرتهن على أن يكون الرهن في يد عدل جاز ذلك . وكانت يد العدل كيد المرتهن ... واحترز بقوله غالباً من أنه لا يسلم الرهن إلى أحدهما إلا برضا الآخر . المصدر السابق .

أقول : مجرد وقوع التسليط مسوغ للمرتهن أن يبيع الرهن في الوقت الذي عينه له ، أو مطلقاً مع عدم التعيين ، واشتراط المقارنة ليس إلا لمراعاة الأمور اللفظية التي قد عرفناك غير مرة أنها لا تراعى ، ولا تؤثر بل التراضي هو المناط الشرعي في المعاملات ، وما ترتب عليها من التصرفات ، فإذا قال الراهن للمرتهن إذا لم أوفك بدينك في وقت كذا فالرهن لك به كان ذلك موجباً لثبوت ملكه للرهن ، ولا يشترط غير ذلك ، وهكذا إذا قال له إذا لم أوفك بالدين إلى وقت كذا فقد سلطتك على بيع هذا الرهن ، واستوف من ثمنه دينك كان هذا صحيحاً والزائد والناقص يتراجعان فيه ، وبهذا تعرف أنه لا فرق بين التسليط المقارن للعقد أي لوقت الرهن ، وبين المتقدم عليه والمتأخر عنه ، فالكل تجارة عن تراض ، وإذا سلم الراهن بعض الدين وقبضه المرتهن ، فقد رضي لنفسه بعدم التسليط على ما يقابل ذلك القدر الذي قبضه ، فلا يجوز له بيع ما يقابله من الرهن ، وله بيع ما يقابل الباقي من الدين إذا لم يسلم الراهن ما بقي عليه من الدين .

وأما قوله : « ويد العدل يد المرتهن » فينبغي أن يقال إن يده يد لهما ، فإن تراضيا على أن الفوائد تكون له إلى مقابل نفقة الرهن ونحوها فذاك ، وإن لم يتراضيا فالفوائد للمرتهن ، والمؤن عليه على ما قدمنا ، ولا يجوز له تمكين أحدهما منه إلا بعد تسليم الدين لأن ذلك هو الذي يقتضيه وضعه له على يد العدل .

وأما قوله : « وإذا باعه غير متعد للايفاء أو لرهن الثمن فثمنه وفاء أو رهن مضمون » فظاهر لأنه إذا بيع للإيفاء صار ثمنه مكان دين المرتهن ، وإن بيع لسبب موجب لبيعه ليكون الرهن هو ثمنه فحكم هذا الثمن حكم الرهن الذي هو ثمن له في الرهنية ، وليس لهذا الكلام كثير فائدة لا سيما على ما قررناه في هذا البحث .

فصل

وَلَا يَضْمَنُ المُرْتَهِنُ إِلَّا جِنَايَةَ العَقُورِ إِنْ فَرَّطَ وإِلَّا فَعَلَى الرَّاهِنِ إِنْ لَمْ تُهْدَرْ ، وَلَا يُخْرِجُهُ عَنْ صِحَّةِ الرَّهْنِيَّةِ والضَّمَانِ إِلَّا أَنْ يَجِبَ القِصَاصُ أَوْ التَّسْلِيمِ[1] ، والمالِكُ مُتمكِّن من الإيفاء أو الإِبْدال ، وكَذَا لو تَقَدَّمَتْ العَقْد[2] ويُخْرِجه عَنْهُما الفَسْخُ وسُقُوط الدَّيْن بأيّ وَجْه وزَوَال القَبْضِ بِغَيْرِ فِعْلِهِ إلا المنقول (غالباً)[3] (ط)[4] ويَعُود إن عَادَ وَلَا يطالب قَبْله الرَّاهِنُ ومُجَرَّد الإِبْدَال عِنْدَ (م)[5] ومِن الضَّمان فَقَطْ بِمَصِيرِهِ إلى الرَّاهِنِ غَصْباً أَوْ أَمَانَةً أَوْ أَتْلَفه ، وعَلَيْه عِوَضُهُ لا تَعْجِيل المُؤَجَّل ، وهو جَائِزٌ مِنْ جِهَةِ المُرْتَهِن ، وتَصِحّ الزِّيادةُ فِيهِ ، وفِيمَا هُوَ فِيهِ ، والقَوْل لِلرَّاهِنِ في قَدْر الدَّيْن ، ونَفْيه ، ونَفْيِ الرَّهْنِيَّة ، والقَبْض والإقْبَاضِ حَيْث هُو في يَدِهِ ، والعَيْب والرّد والعَيْن (غَالِباً) ما لَمْ يَكُن المُرْتَهِن قد اسْتَوْفَى ، ورجُوع المُرْتَهِن عن الإذن بالبَيْع ، وفي بَقَائِه (غالباً) ولِلمُرتَهِن في إطْلَاق التَّسْلِيط ، والثَّمن وتَوْقِيتُه[6] وقَدْر القِيمَة والأَجل ، وفي أنَّ البَاقِي الرَّهْنُ[7] ، وبعْدَ الدَّفْع في أَنَّ مَا قَبَضَه لَيْس عَمَّا فِيه الرَّهْن أو الضَّمِين ، وفي تَقَدّم العَيْب (غالباً) ، وفي فَسَاد العَقْد مَعَ بَقَاء الوَجْه كَرَهِنِيَّتِهِ خَمْراً وهِيَ بَاقِية .

قوله : « فصل : ولا يضمن المرتهن إلا جناية العقور إن فرط » .

أقول : هَذا صحيح وقد قدمنا أنه لا يضمن إلا ما جني أو فرط ، فإذا فرط في حفظ

---

(١) جناية الرهن وإن كانت مضمونه على الراهن فهي لا تخرجه عن صحة الرهنية والضمان إلا أن يجب القصاص ... ويختار المجني عليه أخذ العبد لقتله أو لاسترقاقه أو لبيعه أو لما شاء ... أو لا يجب القصاص بأن تكون الجناية خطأ أو على مال ويختار السيد التسليم للعبد بجنايته ولا يختار فداء فإنه ينفسخ في الحالين جميعا وإنما تنفسخ في هتين الحالتين إذا وقعت الجناية والمالك متمكن من الإيفاء او الإبدال . المصدر السابق ٣/٤١٤ .

(٢) تقدمت جناية العبد على العقد .

(٣) احتراز من العبد إذا أبق على المرتهن فإنه يخرج عن الرهنية والضمان . المصدر السابق .

(٤) (ط) هو أبو طالب يحيى بن الحسين .

(٥) (م) المؤيد بالله أحمد بن الحسين .

(٦) توقيت التسليط .

(٧) الباقي الرهن والتالف الوديعة .

العَقُور كان هذا التفريط أحد السببين الموجبين لثبوت الضمان عليه ، وإذا لم يحصل منه تفريط فضمان ما جناه العقور على مالكه وهو الراهن ، لأن كونه عقوراً يوجب ثبوت الضمان عليه ، وإذا كان الرهن عبداً فجنى ما يوجب القصاص وجب تسليمه للقصاص وإذا اختار المجني عليه الأرش كان متعلقاً برقبة العبد ووجب تسليمها إليه .

وأما قوله : « والمالك متمكن من الإيفاء أو الإبدال » فوجهه أنه قد تعلق بهذا الرهن حق المرتهن فيحبسه حتى يستوفي دينه أو يبدله الراهن برهن آخر ، فإن لم يتمكن الراهن من أحد الأمرين استسعى العبد بما تعلق برقبته حتى يوفي ما عليه من أرش الجناية ، ويبقى رهناً ، هذا أعدل ما يقال وأحسن ما يُقْضَى به ، ويكون تعلق المرتهن به مسوغاً لمثل ذلك ليحصل الوفاء بالحقين ، ولا ظلم على العبد فهو إنما استُسْعِي بجناية .

وأما قوله : « ولو تقدمت العقد » فلا وجه له ، فإن تقدم الجناية على الرهن قد أوجب تعلقها برقبة العبد فكان المجني عليه أحق بها ، ولم يكن إذ ذاك قد عارض هذا الحق في رقبته ما هو حق للمرتهن ، فالراهن عند رهنه له كأنه رهن ما هو لغيره ، وأما تعليل ما ذكره بأنه بقي للسيد في العبد تصرف فهذا التصرف الذي بقي على تقدير التسليم لا يبلغ إلى هذا الحد المقتضي لخلاف ما توجبه الجناية المتعلقة بالرقبة .

قوله : « ويخرجه عنهما الفسخ » .

أقول : هذا صحيح لأن المرتهن قد رضي بإسقاط حقه من حبس هذه العين المرهونة إن كان الفسخ بالتراضي ، وإن كان بالحكم فقد لزمه ما حكم به الحاكم ، ويجب على الراهن إبدال الرهن أو تسليم الدين ، وهكذا سقوط الدين بأي وجه لأنه قد زال السبب الذي استحق به المرتهن حبس الرهن .

وأما قوله : « وزوال القبض بغير فعله » فوجه ذلك أن الرهن إذا زال قبض المرتهن له بما لا يوجب ضمانة عليه فقد خرج الرهن بذلك عن الرهينة ، ووجب على الراهن إبداله أو تسليم الدين ، فإن عاد قبل تسليم الدين عاد عليه حكم الرهن ويرد المرتهن ما أبدله به

الراهن إلا أن يتراضيا على رهنية البدل عاد الرهن المبدل إلى مالكه ، ولا فرق بين المنقول وغيره في هذا ، فلا وجه لقوله إلا المنقول ، وبهذا تعرف صحة قول[1] أبي طالب « ويعود إن عاد » وعدم صحة قوله : « ولا يُطَالب قَبْله الرّاهن » وأما ما حكاه عن المؤيد بالله من أن الرهن يخرج عن الرهنية والضمان بمجرد الإبدال فصحيح . إذا تراضيا على ذلك ، وأما قوله : « ويخرج عن الضمان فقط بمصيره إلى الراهن غصباً أو أمانة » فقد عرفناك أن المرتهن لا يضمن إلا ما جني أو فرط لأنه صار إليه بإذن الشرع ، فإذا لم يحصل أحد هذين السببين فالرهن خارج عن ضمانة من الأصل وإن حصل منه أحدهما فالضمان ثابت عليه إلا أن يصير إلى المالك باختياره وعلمه ، فقد صارت العين إلى مالكها ، وسيأتي في الغصب أنه يسقط الضمان بمثل هذا ، ولعله يأتي هنالك إن شاء الله ما يزيد المقام وضوحاً ، وأما كونه يخرج عن الضمان إذا أتلفه الراهن فصحيح ، وعليه عوضه برهن آخر ، لأن المرتهن قد استحق حبس الرهن حتى يستوفي دينه ، فإذا أتلفه الراهن فقد ألزم نفسه العوض ولا يلزمه تعجيل الدين المؤجل ، لأن له حقاً في الأجل الذي تراضيا عليه .

وأما قوله : « وهوجائز من جهة المرتهن » فظاهر لا يحتاج إلى ذكره ، لأنه إذا أسقط حقـه من الحبس سقط بل إذا أسقط دينه من الأصل سقط .

قوله : « والقول للراهن في قدر الدين » .

أقول : القول لمنكر الزيادة والبينة على مدعيها ، ولا وجه لإطلاق كون القول للراهن في القدر ، وأما كون القول للراهن في نفي الرهنية فصحيح لأن الأصل عدمها ، لكن إذا كان الرهن قد صار في يد المرتهن كان الظاهر معه والظاهر عندهم مقدم على الأصل ، وهكذا يكون القول قول الراهن في نفي العيب ونفي الرد لأن الأصل عدمهما .

وأما قوله : « وفي العين ما لم يكن المرتهن قد استوفى » فوجه ذلك أن الأصل عدم

---

(١) هو ابو طالب يحيى بن الحسين بن محمد بن هارون الحسني أخو المؤيد بالله له مصنفات في أصول الفقه وفي الكلام وفي الفقه ... توفي عام ٤٢٤ هجرية بآمل ... وله تخريجات على المذهب . الجنداري ٤/٤١ . مقدمة مختصر ابن مفتاح .

رد العين المرهونة إلا أن يكون المرتهن قد استوفى دينه ، فإن ذلك قرينة على عدم بقاء الرهن لديه فيكون الظاهر معه وهكذا يكون القول قول الراهن في نفي رجوع المرتهن عن الإذن بالبيع مع اتفاقهما على أصل وقوع الإذن ، لأن الأصل عدم الرجوع ، وهكذا يكون القول قول الراهن في بقاء الرهن وعدم تلفه لأن الأصل البقاء .

وأما قوله : « وللمرتهن في إطلاق التسليط » فوجهه أن التقييد بوقت معين زيادة والأصل عدمها ، وأما في التوقيت أي في قدر الوقت فالقول قول نافي الزيادة والبينة على مدعيها ، وهكذا في قدر القيمة وقدر الأجل القول قول نافي الزيادة والبينة على مدعيها ، وهكذا يكون القول قول المرتهن في أن الباقي هو الرهن لأن الأصل بقاؤه على الحالة التي كان عليها والتلف خلاف الأصل ، وهكذا يكون القول قول المرتهن إذا كان له على الراهن دينان أحدهما فيه رهن أو ضمين والآخر ليس كذلك ، فقبض أحدهما واختلفا هل المقبوض ما فيه الرهن أو الضمين أو الآخر ، فإن القول قول المرتهن لأن الراهن يدعي ارتفاع الرهنية أو الضمانة ، والأصل عدم ذلك .

وأما قوله : « وفي تقديم العيب » فغير ظاهر بل الأصل عدم التقدم فالبينة على مدعي التقدم ، وهكذا ألا يكون القول قول المرتهن في دعوى فساد العقد لأن الأصل عدم ذلك مع كونه يريد بهذه الدعوى إسقاط حق عليه ، ولكن إذا كان وجه الفساد موجوداً فالظاهر معه ، ويمكن أن يقال إن الأصل عدم وجود هذا الوجه المفسد للرهن قبل التراهن كما تقدم في تقدم العيب .

كتاب العارية

فصل

هِيَ إِبَاحَةُ المَنَافِعِ ، وإِنَّما تَصِحّ مِنْ مَالِكِهَا مُكَلَّفاً مُطْلَق التَّصَرّف ومِنْه المُسْتَأْجِرُ والمُوصَى لَـهُ لا المُسْتَعِير [1] وَفِيما يَصِحّ الانْتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنه ، وإِلَّا فَقَرْض (غالباً) ، ونَمَاء أَصْله ، وإلا فَعُمْرَى وهِيَ كالوَدِيعَةِ إلا في ضَمَان ما ضُمِّنَ وإن جَهِله ، ووجُوب الرَّد ، ويَكْفِي مَع مُعْتَاد وإلى مُعْتَاد [2] وكَذا المُؤَجَّرَةُ واللُّقَطَة لا الغَصْب والوَدِيعَة .

قوله : « كتاب العارية هي إباحة المنافع » .

أقول : هذا هو معنى العارية لغة وشرعاً واصطلاحاً ، فمن أباح لغيره الانتفاع بملكه فقد أعاره إياه وأما كونها إنما تصح من مالكها فغير محتاج إلى ذكره ، لأن ما كان بإباحة غير المالك ليس بعارية بل غصب ، وأما كونه مكلفاً مطلق التصرف فصحيح لأن الصبي والمجنون لا يصح منهما العارية ، وهكذا المحجور عليه لا تصح منه العارية ، وكان قيد إطلاق التصرف يغني عن قيد التكليف لأن الصبي والمجنون غير مطلقي التصرف ، وقيد مالكها يغني عن قوله ولو مستأجراً لأن المستأجر مالك للمنافع ، ويخرج به أيضاً قوله لا المستعير ، لأنه ليس بمالك لها فلا يحتاجان إلى التنصيص عليهما ، لأن أحدهما دخل بالمنطوق والآخر خرج بالمفهوم ، وأما اشتراط أن يكون فيما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يصدق مسمى العارية إلا على ما كان كذلك لأن ما لا يمكن الانتفاع به أصلاً لا فائدة في عاريته ، وما أمكن الانتفاع به مع إتلاف عينه ليس بعارية بل هبة أو نحوها وأما اشتراط نقاء نماء أصله فلا وجه له بل يكون عارية مع أذنه للمستعير بالانتفاع بالنماء

---

(١) من المالك للمنافع المستأجر للعين ... والموصي له بالمنافع أما المستعير فليس بمالك لها . شرح الأزهار ٣/٤٢٧ .

(٢) يكفي الرد مع معتاد وإلى معتاد ... فلا يجب عليه ردها بنفسه ولا إلى يد مالكها . المصدر السابق .

مدة مؤقتة وسيأتي في العُمرى والرُّقبَى أن المقيدة منها عارية تتناول إباحة الأصلية مع الفرعية .

قوله : « وهي كالوديعة إلا في ضمان ما ضُمن » .

أقول : العارية والوديعة لا يضمن المستعير والوديع إلا لجناية منه أو تفريط ، فإذا أراد صاحبهما تضمينه ورضي لنفسه بذلك فمجرد هذا الرضا مسوغ للتضمين ، وأما ما يروى من حديث[1] عمرو بن شُعَيب عن أبيه عن جده « أَنَّ النّبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : لَا ضَمَانَ عَلَى مُؤْتَمَنٍ » كما رواه الدارقطني وفي رواية أخرى للدارقطني[2] بلفظ « لَيْسَ عَلَى المُسْتَعِيرِ غَيْرِ المُغِلِّ ضَمَانٌ وَلَا عَلَى المُسْتَوْدَعِ غَيرِ المُغِلِّ ضَمَانٌ » ففي إسناد اللفظ الأول من لا يقوم به الحجة ، وأما اللفظ الثاني فقال الدارقطني إنما يروى عن شريح غير مرفوع وفي إسناده أيضاً ضعيفان ، ومع هذا فنحن نقول بموجبهما أنه لا ضمان عليهما ، لكن إذا جنيا كان الضمان من الجناية وإذا فرطا كان الضمان عليهما من جهة التفريط وذلك جناية لصاحبهما فيصدق على كل واحد منهما أنه مغل وأما حديث[3] « عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » كما أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه وصححه الحاكم من حديث الحسن عن سمرة ، فلا شك في دلالة الحديث على وجوب الرد ، وأما دلالته على الضمان على تقدير أن المعنى على اليد ضمان ما أخذت فغير مسلم بل الظاهر أن المعنى على اليد تأدية ما أخذت كما يدل عليه آخر الحديث حتى تؤديه ، ويمكن أن يكون التقدير على اليد حفظ ما أخذت حتى تؤديه وترك الحفظ تفريط يوجب الضمان كما تقدم إذا كان ممكناً والا فلا تفريط وهكذا حديث[4] « أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنْ ائْتَمَنَكَ » كما أخرجه أبو داود

---

(١) الحديث علق عليه الحافظ بن حجر بأن في إسناده ضعيف . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٣٣ .

(٢) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٣٣ .

(٣) زاد أبو داود والترمذي : « قال قتادة : ثم فسر الحسن فقال هو أمينك لا ضمان عليه يعني العارية » وقد صحح الحاكم سناد الحديث .

وفي سماع الحسن من سمرة معروف أشرنا إليه من قبل . مختصر وشرح وتهذيب السنن ٥/١٩٧ . بلوغ المرام بشرح سبل لسلام ٣/٦٥ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٣٥ .

(٤) تقدم الحديث من قبل وراجع نيل الأوطار على المنتقي ٥/٣٣٤ .

والترمذي وحسنه الحاكم وصححه من حديث أبي هريرة فإنه لا يدل إلا على مجرد التأدية ، وأما كونه يضمن إذا ضمن ورضي بذلك فالمناط هو مجرد حصول الرضا فإذا لم يقبل ذلك لم يصح تضمينه ويدل على هذا ما أخرجه أحمد وأبو داود[1] والنسائي والحاكم من حديث صفوان بن أمية « أَنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم اسْتَعَارَ مِنْهُ يَوْمَ حُنَيْن أَدْرُعاً فَقَال : أَغَصْباً يَا مُحَمَّد قال : بَلْ عَارِيَّة مَضْمُونَةٌ قال : فَضَاع بَعْضُهَا فَعَرَضَ عَلَيْه النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم أَنْ يَضْمَنَهَا فقال : أَنَا اليَومَ فِي الإِسْلَام أَرْغَبُ » . وأما قول المصنف وإن جهله فلا وجه له وأما وجوب الرد فهو كائن فيهما كما عرفت .

وأما قوله : « ويكفي مع معتاد وإلى معتاد » فلا فرق بينهما أيضاً أنه يكفي في ردهما ذلـك .

وأما قوله : « وكذا المؤجرة واللقطة لا الغصب والوديعة » فاستطراد لما هو خارج عن الباب وقد تقدم بيان من يجب عليه الرد ومن لا يجب عليه وفي الجميع الرد من أحد هؤلاء بنفسه بل رسوله يكفي ، ومن زعم خلاف ذلك فعليه الدليل .

والحاصل أن المعتبر ما يصدق عليه اسم التأدية المذكورة في الحديث السابق بقوله حتى يؤديه ولا شك أن رد ذلك مع معتاد للرد معه ، وعلى معتاد للرد إليه يصدق عليه أنه تأدية لأن يد الرسول يد مرسله ويد من ينوب في العادة عن المالك بِقَبْض أملاكه يدٌ له .

فصل

وتُضْمَن بالتَّضْمِين والتَّفْرِيط والتَّعَدِّي في المُدَّة والحِفْظ والاسْتِعْمَال ، وإن زَالَ[2] ، لا ما يَنْقُص بالانْتِفاع ، ويصحّ فيها مُطْلقاً ، وعلى الرّاجع في المُطْلَقة والمُوَقَّتةِ قَبْل انْقِضَاء

(١) في رواية لأبي داود أن الأدراع كانت ما بين الثلاثين والأربعين وقد أورد الحاكم للحديث شاهداً من حديث ابن عباس . مختصر وشرح وتهذيب السنن ١٩٨/٥ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٣٣٧/٥ .

(٢) إن زاد التعدي في الحفظ والاستعمال لم يخرج عن الضمان نحو أن يودعها ثم يستردها أو يحملها أكثر مما استعارها له ثم ينزع ذلك فإنها لا تعود يده يد أمانه . شرح الأزهار ٤٣٠/٣ .

الوَقْت لِلمُسْتَعِير في الغَرْس والبِنَاء ونَحْوهما الخِيَارَان ، وفي الزَّرع الثَّلاثَةُ[1] إن قَصّر وَتأبد بَعْد الدَّفن ، والبَذْر : لِلْقَبْر حَتّى يَنْدَرِسَ ولِلزَّرْع حَتّى يُحْصَد إن لم يُقَصّر ، وتبطل بموت المُسْتَعِير ، وتَصِيرُ بِشَرْط النَّفَقَةِ عَلَيْه إجَارَةُ ومُؤَقّتها بِمَوْت المَالِك قَبْل انْقِضَاء الوَقْت وَصِيّة ، والقولُ للمُسْتَعير في قِيمةِ المَضْمونةِ وقَدْر المُدّةِ والمَسَافَةِ بعد مُضِيّهِمَا وفي رَدّ غَيْر المَضْمونَةِ وعَيْنِها وتَلَفِها وأَنّها إعارَة لَا إجَارة .

قوله : « فصل : ويضمن بالتضمين » .

أقول : قد قدمنا الكلام على هذا قريباً ، وفي الفصل الذي عقده المصنف لذلك في الإجارات ، وأما كونها تضمن بالتفريط فلما قدمنا من أن ذلك جناية وخيانة ، ومن جملته التعدي في المدة والحفظ والاستعمال فإن هذا كله تفريط ، وكان الاقتصار عليه يغني عن هذا التطويل ، وأما كونه لا يضمن ما ينقض بالانتفاع فلأن ذلك هو موضوع العارية فلو كان مضموناً لم يكن عارية ، وأما صحة الرجوع فيها فلكونها من باب التكرم والمسامحة وهي ملكه متى شاء استرجعهما ولم يوجب فيها ولا في منافعها حقاً لازماً للغير .

قوله : « وعلى الراجع في المطلقة والمؤقتة قبل انقضاء الوقت الخ » .

أقول : إن كان المستعير مأذوناً بالغرس والبناء ونحوهما ، فلا شك أن المعير قد غره بذلك وأوقعه في الغرم فله الخياران أو الخيارات ، وإن لم يأذن له بذلك بل أعارهُ عارية مطلقة أو ذكر له مطلق الانتفاع فلا ينصرف مثل ذلك إلى الغرس والبناء ونحوهما ، بل إلى الانتفاع بالشجر الموجودة ونحوهما في الأرض عند عاريتها ، وإن لم يكن فيها شجر ولا ينتفع بها إلا بالزرع كان الإذن المطلق منه منصرفاً إلى الزرع إذ لا وجه يحمل عليه العارية ويوجد فيه مطلق الانتفاع في الأرض إلا بالزرع فيثبت للمستعير ما ذكره من

(١) الخياران هما : إن شاء طلب من المعير قيمة البناء والغرس قائماً ليس له حق البناء ... وإن شاء قلع البناء والغرس وطلب أرش النقصان .

وأما إذا استعار الأرض للزرع فرجع المعير قبل انقضاء الوقت وجب للمستعير في الزرع الخيارات الثلاثة ... الخياران المتقدمان . والثالث أن يبقى الزرع إلى أن يحصد بالأجرة لصاحب الأرض . المصدر السابق .

الخيارات لأنه مغرور من جهة المعير ، هكذا ينبغي أن يقال في هذا البحث ، وأما إطلاق إثبات الخيارات فيما لا يقتضيه الإذن بالانتفاع من غرس أو بناء أو حلية أو ما يشبه ذلك فغير سَدِيد .

وأما قوله : « وتأبد بعد الدفن » فلا بد من تقييده بأن المالك أعارة لذلك وأذن له به ، فإنه بالإذن قد رضي لنفسه ببقاء ذلك القبر في ملكه إذ العرف العام أن الإذن يقتضي ذلك ، وأما لو أعاره للانتفاع فوقع منه الدفن فينقل الميت من المحل لأن الإذن المطلق لا ينصرف إليه .

وأما قوله : « وللبذر حتى يحصد » فقد قدمنا الكلام في الزرع حيث أعاره الأرض للانتفاع بها ، ولم يوجد وجه للانتفاع بها إلا بالزرع وكلام المصنف ها هنا مبني على الفرق بين دخول الزرع في مطلق الإذن وبين الإذن للمستعير بالبذر مع تقييد الطرف الأول بالتقصير ، وهذا الطرف بعدمه ، والأولى ما قدمه من الخيارات في الصورتين جميعاً لأنه غاية العدل بين المعير والمستعير ، لكن إذا حصل التقصير من المستعير حتى تأخر حصاد الزرع عن المدة المسماة كان عليه أجرة بقاء الزرع ، وأما كونها تبطل بموت المستعير فظاهر لأن المعير أباح منافع ملكه وله ولم يبحها لغيره ، وأما كونها تصير شرط النفقة عليه إجارة فوجهه أن العارية هي إباحة المنافع بلا عوض وهذا الشرط قد اقتضى العوض ، ولكن الأعراف قديماً وحديثاً أن المستعير ينفق على العين المستعارة ويقوم بما يحتاج إليه ما دامت في يده ، فيكون هذا مقتضياً لبقائها إعارة وعدم مصيرها إجارة .

وأما قوله : « ومؤقتها بموت المالك قبل انقضاء الوقت وصية » فوجهه أنه قد فعل ذلك وهو مالك للعين وتصرفه نافذ فيها فيكون له حكم ما فعله في أملاكه من النفوذ ، ولكن لا وجه لقوله وصية بل قد نفذ ذلك في وقته واستحقه المستعير إلا أن يكون في وقت لا ينفذ فيه تصرفاته إلا من باب الوصايا أو أضاف ذلك إلى بعد موته .

قوله : والقول للمستعير في قيمة المضمونة » .

أقول : القول في ذلك قول نافي الزيادة والبينة على مدعي الزيادة ، لأن الأصل

عدمها ، وهكذا قدر المدة والمسافة القول قول نافي الزيادة من غير فرق بين المضي وعدمه ، لأن المعير وإن كانت دعواه تستلزم أن يكون المستعير غاصباً فدعوى المستعير تلزم إثبات حق له في ملك الغير والأصل عدمه فالرجوع إلى الأصل وهو عدم الزيادة أولى ، وهذا على تقدير أن المعير ما أراد الرجوع بهذه الدعوى أما لَوْ أَرَادَهُ كان ذلك له من غير تداع .

وأما قوله : « وفي رد غير المضمون » فوجهه أنه أمين فيما لا ضمان فيه فيكون القول قوله بخلاف المضمون ، فإنه فيه ليس بأمين فعليه البينة وهكذا يكون القول قول المستعير في رد عين العارية لأنه أمين وهكذا في تلفها .

وأما قوله : « وأنها إعارة لا إجارة » فمع النزاع بينهما في ذلك لا يصح أن يقال إن المدعي للإعارة أمين ، وحينئذ فهو يدعي إثبات حق له في تلك العين ، ومدعي الإجارة يدعي إثبات الأجرة غليه ، فكل واحد منهما مدع ومدعي عليه وليس أحدهما بقبول قوله أولى من الآخر فيرجع إلى البينة أو التحالف .

كتاب الهبة

فصل

شُرُوطها الإيجاب والقَبُول ، أَوْ مَا فِي حُكْمه في المَجْلِس قَبْل الإعْرَاض . وتَلْحقه الإجَازة ، وإن تراخي ، وتَكْلِيف الوَاهِب ، وكَونُ المَوْهُوب مِمَّا يَصِحّ بَيْعُه مُطْلَقاً[1] وإلا فَلَا إلّا الكَلْبَ ونَحْوَه[2] ولَحْم الأضْحية والحَق ومُصَاحِبٌ مَالَا تَصِحّ هِبَتُه فَيصَحّ وتَمْييزُه بما يميزه لِلْبَيْع .

قوله : « فصل : وشروطها الإيجاب والقبول الخ » .

أقول : الهبة هي أن يتكرم على غيره بنصيب من ماله عن طيبة نفس ، فإذا وقع هذا فهي الهبة الشرعية ولا يشترط في ذلك إيجاب ولا قبول ولا مجلس بل إن قبله الموهوب له ورضي بمصيره إليه ولو بعد مدة مهما كان الواهب باقياً على ذلك العزم ، فهذه هبة صحيحة ، وليس في الشرع ما يدل على ألفاظ مخصوصة ولا على مجلس ولا على قبض ، ومن زعم أن في الشريعة ما يدل على شيء من ذلك فهو مطالب بالدليل ، وأما كون الهبة تلحقها الإجازة فهذه الإجازة على نفس الهبة لما عرفناك غير مرة أن تصرف الفضولي لا يصح ، وإن أجازة المالك لِمَا فعله هو نفس التصرف الذي اقتضى نقل الملك من مالك إلى مالك ، وأما اشتراط تكليف الواهب فأمر لا بد منه لأن الهبة تصرف في المال والتصرف فيه لا يصح إلا من جائز ، وجائز التصرف لا يكون إلا مكلفاً ، وأما كون الموهوب مما يصح بيعه فليس المراد إلا أن يكون مما يصح تملكه للموهوب له ، وأما استثناء الكلب فلا وجه له

---

(١) كل ما يحل بيعه على الاطلاق يصح هبته .

(٢) أربعة أشياء تصح هبتها ولا يصح بيعها في المذهب : الكلب ونحوه من النجس ـ ولحم الأضحية ـ والحقوق ـ وكون الموهوب مصاحب لما تصح هبته . شرح الأزهار ٣/٤٢٦ .

لأنه مما لا يصح تملكه فلا يصح بيعه ولا هبته ، ولا وجه لاستثناء لحم الأضحية لأنه يصح تملكه وتمليكه كما في الحديث الصحيح أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال لأهل الضحايا[1] : « كُلُوا وادَّخِرُوا وائْتَجِرُوا » .

وأما قوله : « والحق » فقد عرفناك فيما سبق أن الفرق بين الحقوق والأملاك وجعل كل واحد منهما مختصاً بشيء مما تحت يد الثابت عليه إنما هو مجرد اصطلاح من بعض أهل الفروع ، وإذا عرفت ذلك هان عليك الخطب ، ولم تحتج إلى الاشتغال بما في ذلك من التفاريع والتفاصيل .

وأما قوله : « ومصاحب ما لا يصح هبته » فقد قدمنا أنه إذا انضم إلى جائز البيع غيره صح بيع ما يجوز بيعه وبطل بيع ما لا يجوز بيعه ، وأنهلا وجه لتعدي البطلان مما لا يصح بيعه إلى ما يصح بيعه .

وأما قوله : « وتمييزه بما للبيع » فالمعتبر بأن يكون معلوماً عند الواهب والموهوب له جملة أو تفصيلاً فلو وهبه شيئاً مجهولاً عندهما ثم فسره من بعد كانت الهبة صحيحة .

فصل

وَيَقْبَلُ لِلصَّبِيِّ وَلِيُّهُ أَوْ هو مَأْذُوناً[2] لا السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ ويَمْلِكُ مَا قَبِلَهُ وإن كَرِهَ[3]

قوله : « فصل : ويقبل للصبي وليّه الخ » .

---

(١) الحديث مروى عن نبيشة الهذلي قال ـ قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « نهيناكم عن لحومها أن تأكلوها فوق ثلاث لكي تسعكم عباد الله بالسعة فكلوا وادخروا واتجروا . ألا وإن هذه الأيام أيام أكل وشرب وذكر الله عز وجل » الحديث رواه أبو داود وأخرجه النسائي بتمامه ... وأخرجه ابن ماجه مختصراً على الإذن في الادخار فوق ثلاث ... وأخرج مسلم الفصل الثاني في ذكر الأكل والشرب والذكر .

ولفظة « ائتجروا » لم تكن واضحة بالمخطوطة وهي اقتلعوا من الأجر ... يريد الصدقة التي يتبعها أجرها وثوابها ... وليس من التجارة ... لأن البيع في الضحايا فاسد . مختصر وشرح وتهذيب السنن ٤/١١٠ . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/١٤٤ .

(٢) المراد يصح قبول الصبي إذا كان مأذوناً . شرح الأزهار ٣/٤٣٧ .

(٣) يملك السيد ما قبل العبد وان كره السيد قبول العبد . المصدر السابق .

أقول : هذا صحيح لأن الهبة للصبي فيها مصلحة له إذا لم تشتمل على مفسدة راجحة على المصلحة وأما ما وهب للعبد فهو في الحقيقة هبة لسيده عند من يقول إن العبد لا يملك ، وأما عند من يقول إنه يملك فالقبول إليه لا إلى سيده ، وأما كونه يملك السيد ما قبله العبد وإن كره فذلك مبني على القول الأول ولكن إذا كره لم تصح الهبة وترجع لمالكها لأن هذا الباب مبني على التراضي .

فصل

وَتَصِحّ بِعِوَضٍ مَشْرُوطٍ مَالٍ فَتَكُونُ بَيْعاً ومُضْمَرٍ وغَرَضٍ[1] فيرجع لِتَعَذّرهما ، وفَوْراً في المُضْمر وله حُكْم الهِبة لا البَيْع إلا في الرِّبا ، وما وُهِبَ للهِ وَلِعِوَضٍ فَلِلْعِوَضِ ، وليس على الرّاجع ما أَنْفقه المتّهَبُ .

قوله : « مثل : ويصح بعوض مشروط » .

أقول : الهبة شرعاً ولغة هي التي تكون على جهة المكارمة ، إذا وقعت المكافأة عليها فذلك أيضاً على جهة المكارمة ، وأما إذا كانت مشروطة بعوض فليس هذه هبة شرعية ، ولا لغوية ، بل هذه مبايعة خارجة عن باب الهبة داخلة في باب البيع ، فتكون كما قال المصنف بيعاً ، فإذا لم يحصل العوض المشروط كان ذلك كعدم تسليم ثمن المبيع فترجع العين لمالكها لفقدان التراضي الذي هو المناط الشرعي كما تقدم ، وهكذا إذا كان العوض مضمراً وغرضاً فإنه إذا لم يحصل رجع الملك لمالكه ، لأن ذلك كشف على عدم التراضي وطيبة النفس ، وأما اشتراط الفور فلا جه له لأنه مهما لم يحصل العوض المضمر ولا وقع منه الرضا بمصيره إلى الموهوب له بغير عوض فالملك باق له لفقدان المناط الشرعي ، وهو التراضي ، وأما كون للموهوب على عوض مضمر حكم الهبة

---

(١) الوجه الثاني من وجوه صحة الهبة بعوض أن تكون على مال مضمر غير مشروط أو على غرض مضمر أو مشروط . المصدر السابق .

لا حكم البيع فمن بناء أحكام الشرع على الخيال تارة هكذا وتارة هكذا تأثيراً لمجرد الألفاظ .

قوله : « وما وهب لله ولعوض فللعوض » .

أقول : لا مانع من جعل بعض الشيء هبةخالصة لا عوض فيها وبعضها هبة بعوض فيكون للبعض الأول أحكام الهبة وللبعض الآخر أحكام البيع ، وأما استدلال من استدل لكلام المصنف بحديث[1] « إِنَّ اللهَ يَقُولُ أَنَا أَغْنَى الشُّرَكَاءِ عَنِ الشِّرْكِ » فليس المراد بهذا إلا أنه لا يقبل من الأعمال ما كان على جهة الرياء وليس من هذا هبة بعض الشيء خالصاً لله وهبة البعض الآخر بعوض ، فإن الله سبحانه لم يشاركه غيره فيما هو له ، ولا فرق بين جعل كل الشيء أو بعضه هبة ولا ورد ما يدل على المنع من ذلك .

أما قوله : « وليس على الراجع ما أنفقه المتهب » فلا وجه له لأنه غُرم لحقه بسببه ، وقد بطل المطلوب من تملك الموهوب فيرجع عليه بما أنفق ، لأنن انكشف أنه أنفق على ملك الواهب ، وقد أثم الراجع عن الهبة وصار « كالكلب يعود في قيئة » كما ثبت[2] ذلك عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فلا يحل ما وقع منه من التغريم للموهوب له نعم إذا كان الموهوب له قد علم بأنها لا تطيب نفس الواهب إلا بالعوض المضمر أو كان العوض مشروطاً وحصل منه عدم الوفاء بالعوض فهو الجاني على نفسه بعدم تسليم العوض وبالانفاق على ما لم يخلص له ملكه .

---

(١) الجامع الكبير ٣/١٧٢٥ .

(٢) يراجع الصحيح ٥/٥٣٥ ، والمنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٢ . وسنن ابن ماجه ٢/٧٩٧ .

فصل

وَبِلَا عِوَضٍ فَيَصِحّ بالرُّجوع مَعَ بَقَائِهِمَا في عَيْن لم تُسْتَهْلك حِسًّا أَوْ حُكْماً[1] ولا زَادَتْ مُتَّصِلَةً ولا وُهِبَتْ للهِ أو لِذِي رَحِم مَحْرَم أو يَليه[2] بدرجة إلا الأب في هِبَةِ طِفْلِهِ . وفي الأم خِلَافٌ وردّها فَسْخٌ وتَنفُذ من جَمِيع المَالِ في الصِّحَّةِ وإلا فمن الثُّلث . ويَلْغو شَرْط لَيْس بِمَالٍ ، ولا غَرَضٍ وإن خَالف مُوجَبَهَا[3] والبَيعُ ونَحْوه ولو بَعْد التَّسْليم رُجُوع وَعقْدٌ .

قوله : « فصل : وبلا عوض فيصح الرجوع فيها » .

أقول : قد قدمنا حكم الهبة بعوض وأنها لا يحل للموهوب له إلا بالعوض المشروط أو المضمر وإلا كانت رداً على الواهب ، لأن الرضا الذي هو المناط الشرعي مقيد بحصول العوض ويؤيد ذلك ما أخرجه ابن ماجه[4] عن عبدالله بن موسى عن إبراهيم بن إسماعيل ابن مُجَمِّع عن عَمْرو بن دينار عن أبي هريرة مرفوعاً : « الوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنْها » قال ابن حجر والمحفوظ عن عمرو بن دينار عن سالم عن أبيه عن عمر[5] قال البخاري هذا أصح ورواه الدارقطني من هذا الوجه ورواه البيهقي[6] من حديث ابن وهب عن حنظلة عن سالم بن عبدالله عن ابن عمر عن عمر « مَنْ وَهَبَ هِبَةً يَرْجُو ثَوَابَهَا فَهِيَ

---

(١) الاستهلاك الحسي بالإتلاف . والاستهلاك الحكمي كخروج الموهوب عن ملكه ببيع أو هبة ولو رجع إلى ملكه إلا أن يرد بعيب أو فساد بالحكم . شرح الأزهار ٣/٤٤١ .

(٢) أو من يليه بدرجة كابن العم والعمة وابن الخال والخالة .

(٣) مثلوا لذلك بأن يشرط ألا يبيعها المتهب ونحو ذلك فإن هذا الشرط يلغو . وأن يهب منه أرضاً على أن تعود إلى الواهب موت المتهب فإنها تصح ويبطل الشرط . شرح الأزهار ٣/٤٤٥ .

(٤) لفظ ابن ماجه : « الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها » ... قال في الزوائد : في إسناده إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع ... وهو ضعيف . سنن ابن ماجه ٣/٧٩٨ .

(٥) بلوغ المرام بشرح سبل السلام ٣/٩١ .

(٦) الذي في السنن الكبرى أنه عن سالم بن عبدالله عن أبيه عن عمر بن الخطاب ولفظه : « من وهب هبة لوجه الله ... فذلك له ــ ومن وهب هبة يريد ثوابها فإنه يرجع فيها إن لم يرض منها » . السنن الكبرى ٦/ ١٨١ .

رَدٌّ عَلَى صَاحِبِهَا مَا لَمْ يُثَبْ مِنْها » قال البيهقي[1] ورواه عبدالله بن موسى عن إبراهيم ابن إسماعيل عن حنظلة مرفوعاً قال ابن حجر صححه الحاكم وابن حزم .

وأما الهبة بلا عوض فاعلم أن أصل معنى الهبة عدم اقتضاء العوض لأنها من باب المكارمة فلو لم يرد فيها ما يدل على امتناع الرجوع فيها لكان هذا الأصل يكفي ، فكيف وقد يثبت عنه صلى الله عليه وآله وسلم في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عباس[2] أن النبي صلى الله عليه وآله سلم قال : « العَائِدُ في هِبَتِهِ كَالعَائِد يَعُود في قَيْئِهِ » وفي لفظ للبخاري[3] « لَيْس لَنَا مَثَلَ السَّوْء » فإن هذا الحديث المشمل على هذا التشبيه المفيد للتكريه للرجوع بأبلغ ما يكرهه الإنسان وأعظم ما تنفر عنه نفوس بني آدم يدل أبلغ دلالة على عدم جواز الرجوع فيها ومما يدل على عدم جواز الرجوع ما أخرجه أحمد[4] وأهل السنن وصححه الترمذي وابن حبان والحاكم من حديث ابن عباس وابن عمر رفعاه إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : « لَا يَحِلّ لِلرَّجُلِ أَنْ يُعْطِيَ العَطِيَّةَ فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ » والحلال ضد الحرام كما ثبت في اللغة فالرجوع عن الهبة حرام إلا هبة الوالد لولده فإن الشرع قد سوغ له الرجوع كما في هذا الحديث ويؤيده حديث عائشة عند أحمد[5] وأهل السنن « وَلَدُ الرَّجُلِ مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِهِ فَكُلُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ هَنِيئاً » وصححه حبان وأبو زرعة ويؤيده أيضاً ما أخرجه أحمد[6] وأبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أَنَّ أعرابياً أَتَى النبيَّ صلى الله عليه وآله وسلم فقال

---

(١) يراجع السنن مع اختلاف في بعض لفظه لا يغير المعنى ... وقد ضبط الراوي هناك باسم عبدالله بن موسى . السنن الكبرى ٦/١٨١ .

(٢) حديث متفق عليه ... يرجع إليه في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٢ . الصحيح بشرح الفتح ٥/٢٣٤ .

(٣) ولأحمد في رواية : قال قتادة : ولا أعلم القيء إلا حراماً . الصحيح بشرح الفتح ٥/٢٣٤ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٢ .

(٤) تمام الحديث : « ومثل الرجل يعطي العطية ثم يرجع فيها ... كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم رجع في قيئه » . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٢ . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٥ .

(٥) مر الحديث من قبل ويرجع إليه في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٤ . ومختصر السنن للمنذري ٥/١٨٢ .

(٦) مر الحديث ويرجع إليه في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٤ . ومختصر السنن للمنذري ٥/١٨٣ . وسنن ابن ماجه ٢/٧٦٩ .

إنّ أَبِي يُرِيدُ أَنْ يَجْتَاحَ مَالِي فَقَالَ أَنْتَ ومَالُكَ لِوَالِدِكَ إِنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلْتُم مِنْ كَسْبِكُم وإنَّ أَوْلَادَكُم مِنْ كَسْبِكُم فَكُلُوهُ هَنِيئاً » وأخرجه أيضاً ابن خزيمة وابن الجارود ويؤيده أيضاً ما أخرجه ابن ماجه من حديث جابر[1] « أَنَّ رَجُلاً قال : يا رسول الله إِنَّ لِي مَالاً وَوَلَداً وإِنَّ أبي يرِيدُ أَنْ يَجْتَاحَ مَالِي فقال أَنْتَ ومَالُكَ لأَبِيكَ » قال ابن القطان إسناده صحيح وقال المنذري رجاله ثقات وفي الباب أحاديث قال ابن حجر[2] في الفتح وإلى القول بتحريم الرجوع في الهبة بعد أن تقبض ذهب الجمهور إلا هبة الوالد لولده قال الطبري يخص من عموم الحديث من وهب بشرط الثواب ومن كان والداً والموهوب له ولده والهبة لم تقبض والتي ردها الميراث إلى الواهب لثبوت الأخبار[3] باستثناء كل ذلك انتهى .

ومن الهبة التي يراد بها العوض وإن لم تذكر هبة الفقير للغني فإنه لا يراد بمثل ذلك المكارمة عرفاً بل استجلاب الفائدة بزيادة على ما يحصل للفقير لو باعها ، وأما هبة الغني للفقير فمعلوم أنه لا يراد بها العوض فلا يكون له الرجوع ، وهكذا الهبة الواقعة بين المتماثلين غِنىً وفقراً .

أما قوله : « مع بقائهما » فظاهر لا يحتاج إلى تعليل عند مثبتي الرجوع ، وأما عند غيرهم فبطريق الأولى وهكذا قوله : « لم تستهلك حساً أو حكماً أو زادت زيادة متصلة » .

وأما قوله : « ولا وهبت لله » فليس في هذا مزيد تأثير لامتناع الرجوع وإن كان المصنف قد ادعى الإجماع عليه .

وأما قوله : « أو لذي رحم » فليس في هذا التخصيص من المرفوع شيء ما روي عن

---

(1) قال في الزوائد : إسناده صحيح ... ورجاله ثقات على شرط البخاري ... وقد مر الحديث من قبل ص . ويراجع سنن ابن ماجه ٢/٧٦٩ . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٦/١٤ .

(2) فتح الباري على الصحيح ٥/٢٣٥ .

(3) مما ورد من الأخبار في هذا المقام عن عائشة : « أن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة ... فلما حضرته الوفاة قال : يا بنية إني كنت نحلتك جاد وعرين وسقا ... ولو كنت جددته واحترثته كان لك ... وإنما هو اليوم مال وارث فاقتسموه على كتاب الله » رواه مالك في الموطأ . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٣٩٢ .

بعض الصحابة[1] لا تقوم به الحجة ، فالحق امتناع الرجوع على كل حال بالأدلة التي قدمنا ذكرها إلا الأب في الهبة لولده فإنه يجوز له الرجوع فيها كما قدمنا ولا فرق بين أن يكون الولد صغيراً أو كبيراً .

وأما قوله : « وفي الأم خلاف » فلا يخفاك أن الحديث[2] المشتمل على الاستثناء هو بلفظ الوالد ، فإن كان يصدق على الأم كما يصدق الولد على الأنثى فالأم كالأب ، وإن كان لا يقال على الأم إلا بطريق التغليب فهي داخلة في الاستثناء ، ويؤيد هذا ما في المصباح قال الوالد الأب وجمعه بالواو والنون والوالدة الأم وجمعها بالألف والتاء والوالدان[3] الأب والأم للتغليب انتهى . ويؤيده أيضاً الحديث المتقدم بلفظ « أنت ومالك لأبيك » .

قوله : « وردها فسخ » .

أقول : هذا مبني على أنه قد وقع العقد إيجاباً وقبولاً كما تقدم للمصنف ، فإذا ردها بعد هذا كان الرد فسخاً للعقد الواقع بينهما ، أما لو ردها ابتداء فلا يقال لهذا الرد فسخ ، لأنه لم يتقدم شيء يصدق عليه مسمى الفسخ بل هذا الرد يوجب عدم ثبوت مقتضى الهبة من الأصل ، أما عند المصنف فلعدم القبول الذي هو أحد جزئي العقد ، وأما عندنا فلعدم التراضي من الجهتين الذي هو المناط الشرعي في نقل الأملاك .

قوله : « وينفذ من جميع المال في الصحة وإلا فمن الثلث » .

(١) استدل المصنف في البحر الزخار إلى عدم جواز الرجوع في الهبة لذي الرحم المحرم بالحديث : « من وهب لذي رحم محرم » الخبر ... وقد علق المحقق الصعدي على هذا الخبر بقوله : « روى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : من وهب لذي رحم محرم هبة فليس له أن يرجع فيها ... ومن وهب لغير ذي رحم فله أن يرجع إلا أن يثيبه عليها » هكذا روي ... والذي في الجامع عن أبي غطفان بن طريف المري أن عمر قال : « من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يعلم أنه أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إن لم يرض منها » .... أخرجه الموطأ هكذا موقوفاً .

نقول : والمحقق الصعدي لم يخرج الحديث الذي استند إليه مؤلف الأزهار والبحر الزخار وقد رأى أن يساند الخبر برأي عمر بن الخطاب رضي الله عنه . البحر الزخار وجواهر الأخبار بهامشه ٤/١٤٠ .

(٢) يرجع إلى حديث ابن عمر وابن عباس الذي مر ص ٢٩٨ .

(٣) في الأصل « والوالد » وصححت بالرجوع إلى المصباح مادة ولد .

أقول : الهبة إخراج قطعة من المال لمن وهبها له مالكه ، والكلام في نفوذها مع عدم المانع لا شك فيه ، وأما التفصيل بين ما كان منها في الصحة وما كان في المرض فمبني على أن الهبة في المرض لها حكم الوصية كما قال صلى الله عليه وآله وسلم في الحديث الصحيح[(١)] « الثُّلُثُ والثلثُ كَثِيرٌ » ولكن تنزيل غير الوصية من التصرفات منزلة الوصية إذا وقعت حال المرض سيأتي الكلام فيه في الوصايا إن شاء الله تعالى ، والظاهر نفوذ تصرف المالك في ملكه صحيحاً أو مريضاً من جميع ماله ، وينبغي له مع هذا أن لا يدع ورثته عالة يتكففون الناس كما ورد في الحديث ، فلا يجوز له أن يتصرف بكل ماله لأنه إذا فعل ذلك فقد خالف قوله صلى الله عليه وآله وسلم[(٢)] «لأَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُم عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ» وهو في الصحيحين وغيرهما من حديث سعد بن أبي وقاص والقصة معه ، ولكن هذا الحديث ليس فيه إلا مجرد بيان ما هو الأولى والأفضل ، وليس بعزيمة ومثله حديث[(٣)] « خَيْرُ الصَّدَقَةِ مَا كَانَ عَلَى ظَهْرِ غِنىً » كما في الصحيحين وغيرهما من حديث حكيم بن حِزَام وفي البخاري من حديث أبي هريرة نحوه .

وأما قوله : « ويلغو شرط ليس بمال ولا عَرَض وإن خالف موجبها فلا يخفاك أن يقال : الشرط من الواهب يدل على أن الرضا منه منوط بحصول ذلك الشرط . فإذا لم يحصل كشف ذلك عن عدم الرضا ، وإن كان ليس بمال ولا عَرَض وإن رفع موجبها .

وأما قوله : « والبيع ونحوه » الخ فمبني على ما قدمه المصنف من جواز الرجوع في الهبة بغير عوض وقد قدمنا رد ذلك بالأدلة المتقدمة .

---

(١) يرجع إلى العبارة في حديث ابن عباس المتفق عليه قال : « لو أن الناس غضوا من الثلث إلى الربع فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : « الثلث والثلث كثير » . كما يرجع إليها في حديث سعد بن أبي وقاص في الباب وقد رواه الجماعة . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٤٣ .

(٢) عن سعد بن أبي وقاص أنه قال : « جاءني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يعودني من وجع اشتد بي ... فقلت يا رسول الله إني قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا ترثني إلا ابنة لي ... أفأتصدق بثلثي مالي ؟ قال : لا ... قلت فالشطر يا رسول الله ؟ قال : لا ... قلت فالثلث ؟ قال : الثلث والثلث كثير أو كبير ... إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » . الحديث رواه الجماعة وله طرق وألفاظ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٤٣ .

(٣) مر الحديث من قبل . ويراجع الصحيح بشرح الفتح ٣/٢٩٤ .

فصل

والصَّدَقَةَ كَالْهِبَةِ إلاَّ في نِيَابَةِ القَبْضِ عَنْ القَبُولِ ، وعَدَمِ اقْتِضَاء الثَّوَاب ، وامْتِنَاع الرُّجُوعِ فِيهَا ، وَتُكْرَهُ مُخَالَفَةُ التَّوْرِيثِ فِيهِمَا (غَالِباً[1]) والجِهَازُ لِلمُجَهِّزِ إلا لِعُرْف ، والهَدِيَّةُ فِيمَا يُنْقَلُ تُمْلَكُ بِالْقَبْضِ ، وتُعَوَّض حَسب العُرْفِ ، وتَحْرُمُ مقَابِلَةً لِوَاجِب أَوْ مَحْظُورٍ مَشْرُوطٍ أَوْ مُضْمَرٍ كَمَا مَرّ ، ولا تَصِحّ هِبَةُ عَيْنٍ لِميِّتٍ إلاَّ إلى الوَصِيِّ لِكَفَنٍ أَوْ دَيْنٍ ، والقَولُ لِلمُتَّهَبِ في نَفْيِ الفَسَادِ (غَالِباً[2]) وشَرْط العِوَض وإِرَادَتِهِ في التَّالِف[3] وفي أنّ الفَوَائِدَ مِنْ بَعْدِهَا إلاَّ لِقَرِينَةٍ وأنّه قَبِل إلا أَنْ يَقُول الشُّهودُ بِهَا ما سَمِعْنَاه أَو الوَاهِبُ وهَبْتُ فَلَمْ تَقْبَل وَاصِلاً كَلاَمَهُ عِنْد (م)[4] .

قوله : « فصل والصدقة كالهبة إلا في نيابة القبض عن القبول » .

أقول : القبض ينوب عن القبول في الهبة كما ينوب في الصدقة ، وأصل الهبة أنها لا تقتضي الثواب كما قدمنا فإن اقتضته فذلك لشرط مظهر أو مضمر ويخرج عن باب الهبة ويصير من باب البيع .

قوله : « وتكره مخالفة التوريث فيهما » .

أقول : الادلة القاضية بتحريم تخصيص بعض الاولاد بشيء دون البعض الآخر أوضح من شمس النهار فمن ذلك أنه صلى الله عليه وآله وسلم في هِبَة بَشِير[5] لولده النعمان

---

(١) إذا وهب أو تصدق على ورثته بشيء ... فالمندوب فيه أن يجعل ذلك على حسب التوريث واحترز بقوله « غالباً » من أن يفضل أحد الورثة لبره أو لكثرة عائلته أو لفضله فإن ذلك غير مكروه . شرح الأزهار ٣/٤٤٨ .

(٢) احترز من أن يدعي أنه وهب وهو غير عاقل وأصله الجنون أو هو الغالب عليه فإن القول قوله ها هنا . المصدر السابق .

(٣) يقبل قول المتهب في نفي إرادة العرض في الموهوب التالف في يده . المصدر السابق .

(٤) (م) المؤيد بالله أحمد بن الحسين .

(٥) الحديث مروي عن جابر بن عبد الله قال : « قالت امرأة بشير : انحل ابني غلاماً وأشهد لي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ... فأتى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال ان ابنة فلان سألتني أن أنحل ابنها غلامي ... فقال :الحديث » ... الخ . رواه أحمد ومسلم وأبو داود . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٨ .

دون سائر أولاده قال : « لَهُ إخْوَةٌ ؟ قال : نَعَمْ قال : فَكُلّهُم أَعْطَيْتَ مِثْلَ مَا أَعْطَيْتَهُ ؟ قال : لاَ . قال : فَلَيْسَ يَصْلُحُ هَذَا ، وَإِنِّي لاَ أَشْهَدُ إلاَّ عَلَى حَقٍ » وهكذا اللفظ في صحيح مسلم وغيره وفيه التصريحُ بأنَّ ذلك لا يصلح في الشريعة المطهرة ، وهو معنى بطلانه ، وفيه أيضا التصريحُ بأنه غير حق وغير الحق باطل ، وفي لفظ عند أحمد[1] من هذا الحديث أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال : « لاَ تُشْهِدْنِي عَلَى جَوْرٍ » فسماه جوراً والجور باطل ، وهذه الألفاظ هي في حديث جابر الذي حكى فيه قصة هبة النعمان من أبيه بشير وفي الصحيحين[2] وغيرهما من حديث النعمان نفسه قال « إِنَّ أَبَاهُ أَتَى بِهِ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فَقَال : إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي هَذَا غُلاَماً كَانَ لِي . فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هَذَا ؟ قال : لاَ قال : فَأَرْجِعْهُ » ففي هذا الأمر بإرجاع الهبة ، وليس على هذا زيادة وقد تكلف المجوزون لتخصيص بعض الأولاد بالهبة دون بعض بأجوبة أجابوها من عشرة وجوه ذكرناها في شرح المنتقي[3] ، ودفعنا ما يستحق الدفع منها فليرجع إليه والحاصل أنه ليس في المقام ما يدفع ما ذكرناه من الروايات الدالة على تحريم التخصيص وأنه باطل مردود غير حق .

قوله : « والجهاز للمجهز الا لعرف » .

أقول : هذا صحيح لأن خروج الشيء عن ملك مالكه لا يكون إلا بما يقتضي خروجه من وجود التراضي بينه وبين من خرج إليه ، فإن لم يحصل ذلك فالملك باق وإذا جرت الأعراف بأن ما وقع التجهيز به يصير ملكاً لمن وقع التجهيز له فهذا العرف هو في حكم المقصود لهما المتراضى عليه بينهما ، فكأنه عند التجهيز قد أخرج ذلك عن ملكه بطيبة من نفسه إذا كان هذا عرفا عاما بحيث لا يوجد عرف يخالفه .

قوله : « والهدية فيما ينقل تملك بالقبض » .

---

(١) في المنتقى أن أبا داود روى من حديث النعمان أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال « لا تشهدني على جور ... أن لبنيك عليك من الحق أن تعدل بينهم » . سنن أبي داود ٢/١٠٩ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٨ .

(٢) حديث متفق عليه يرجع إليه في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٨ .

(٣) أوردها في المنتقي نقلاً عن فتح الباري كما صرح بذلك . فتح الباري على الصحيح . نيل الأوطار على المنتقي ٦/٩ .

أقول : الهدية تملك بالتراضي وطيبة النفس وإن كانت باقية في يد المهدي ولو بقيت في يده أعواما فإنها قد صارت في يد المهدي إليه ، ولا فرق بين منقول وغيره ، ويجوز له التصرف فيها وهي في يد المهدي إلا بما يشترط فيه القبض كما تقدم في النهي عن بيع الرجل ما ليس عنده ، ولما لم يكن في قبضه ، ومن قال إنه يشترط في ملك الهدية القبض فعليه الدليل . والحاصل أنه لا فرق بين الهبة والهدية في عدم اشتراط القبض وأما ما أخرجه الحاكم(١) من أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أرسل إلى النجاشي بهدية فمات النجاشي قبل وصولها إليه فرجعت إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فلا يصلح للاستدلال به على اشتراط القبض لأنا قد عرفناك أن الهدية إنما تملك بالتراضي من الجهتين ، فهي قبل أن تبلغ إلى المهدَى إليه باقية على ملك المهدي حتى يبلغ خبرها إلى المهدي إليه ويرضى بها ، فتصير حينئذ ملكا له والنجاشي مات قبل أن تصل إليه الهدية وقبل أن يبلغه خبرها ويرضى بها .

قوله : « ويعوض حسب العرف » .

أقول : لما كانت المهاداة مبنية على المكارمة واستجلاب المودة كان من تمام ذلك أن تقع المكافأة عليها فقد ثبت(٢) في الصحيح « أنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم كَانَ يَقْبَلُ الهَدِيَّةَ وَيُثِيبُ عَلَيْهَا » وإذا كان المُهدي طالبا للمكافأة قاصدا بها ذلك كما يكون في كثير من الحالات من الفقراء إلى الأغنياء فهذه ليست هدية يراد بها ما يراد بالهدايا من استجلاب المودة واتحاد القلوب كما في حديث أبي هريرة عند البخاري(٣) في الأدب المفرد والبيهقي أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال : « تَهَادَوْا تَحَابُّوا » قال ابن حجر في التلخيص وإسناده حسن ، وأخرجه مالك في(٤) الموطأ من حديث عطاء الخراساني مرفوعاً وأخرجه الطبراني(٥) في الأوسط من حديث عائشة : إنما هي ذريعة الى استجلاب الاحسان

---

(١) مستدرك الحاكم ٥/٣٨٩ .

(٢) الحديث رواه أيضاً أحمد وأبو داود والترمذي من حديث عائشة . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٦ .

(٣) يرجع إلى الحديث في نيل الأوطار على المنتقي ٥/٣٩٠ . وفي السنن الكبرى للبيهقي ٦/١٦٩ .

(٤) لفظه كما أورده في نيل الأوطار : « تصافحوا يذهب الغل ... وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء . نيل الأوطار على المنتقي ٥/٣٩٠ . موطأ مالك .

(٥) ولفظه كما في نيل الأوطار : « تهادوا تحابوا وهاجروا تورثوا أولادكم مجداً وأقيلوا الكرام عثراتهم » . نيل الأوطار على المنتقي ٥/٣٩٠ .

من الأغنياء والملوك فيكون لها حكم الهبة بعوض مُظهراً أو مُضمرا ، وقد تقدم ، والمهدي إليه بالخيار إما ردها أو كافأ عليها مكافأة يرضى بها صاحبها كما أخرجه أحمد[1] بإسناد رجاله رجال الصحيح وابن حبان وصححه من حديث ابن عباس « أَنَّ أَعْرَابِيّاً وَهَبَ لِلنَّبِي صَلَّ اللهُ عَلَيْه وآله وسلم هِبَةً فَأَثَابَهُ عَلَيْهَا قال : أَرَضِيتَ ؟ قال : لاَ قال : فَزَادَهُ قال : أَرَضِيتَ ؟ قال : لا ، فَزَادَهُ قال : أَرَضِيتَ ؟ قال : نَعَمْ فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ لاَ أَتَّهِبَ هِبَةً إلاَّ مِنْ قُرَشِيٍّ أَوْ أَنْصَارِيٍّ أَوْ ثَقَفِيٍّ » وأخرجه أبو داود[2] والنسائي من حديث أبي هريرة بنحوه وطوله والترمذي ، وذكر أن الثواب كان ست بَكَرات ، وكذا رواه الحاكم وصححه على شرط مسلم وبعض ألفاظ هذا الحديث ورد بلفظ الهدية ، وبعضها بلفظ الهبة وفي لفظ لأبي[3] داود أَنَّ النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم قال « وَأَيْمُ اللهُ لاَ أَقْبَلُ هَدِيَّةً بَعْدَ يَوْمِي هَذَا مِنْ أَحَدٍ الاَّ أَنْ يَكُونَ مُهَاجِراً قُرَشِيّاً أَوْ أَنْصَارِيّاً أَوْ دَوْسِيّاً أَوْ ثَقَفِيّاً » وأما كون الهدية تحرم على واجب أو محظور فظاهر والوجه في ذلك ما تقدم في حُلْوَانِ الْكَاهِنِ[4] وفي مَهْرِ البَغِيّ وما ورد في تحريم الرشوة[5] وفي هدايا الأمراء فإن الهدية للأمير والقاضي وكذلك الهبة له رشوة ، وإن كانت مسماة باسم الهدية والهبة ، وأما كونها لا تصح هبة عين لميت فوجهه فقدان ما قدمنا من وقوع التراضي من الجهتين ، وهكذا لا يصح إسقاط الدين عنه بل إسقاطه عنه إسقاط عن ورثته لأنه قد تعلق بعد موته بتركته ، وأما التبرع بالالتزام به عن الميت كما وقع من امتناعه[6] صلى الله عليه وآله وسلم من الصلاة على المديون حتى التزم عنه بعض الحاضرين ، فوجه ذلك أن الإثم الذي كان لاحقا للميت بترك القضاء قد قام به غيره فسقط عنه ما كان عليه من العقوبة ، ولهذا يقول صلى الله عليه وآله وسلم « الآنَ بَرَدَتْ عَلَيْه جِلْدَتُه » ولا فائدة

---

(١) المنتقى بشرح نيل الأوطار ٦/٦ .
(٢) نيل الأوطار على المنتقي ٦/٧ . مختصر السنن المنذري ٥/١٨٧ .
(٣) سنن أبي داود ٢/١٠٩ .
(٤) مر الحديث سابقاً .
(٥) يرجع إلى حديث الباب في المنتقى بشرح نيل الأوطار ٨/٢٧٦ .
(٦) يراجع الحديث ص ٣٥٣ جـ١ .

لقوله إلا إلى الوصي لكفن أو دين ، لأن هذا إن كان هبة للوصي ليكفن به الميت أو ليقضي دينه فلا شك أن ذلك صحيح ، لأن الموهوب له حي يقبل الهبة ويرضى بها ، وإن كان المراد أن الهبة تصح للميت بواسطة الوصي فلا يصح ذلك لأن تمليك الميت باطل سواء كان بواسطة أو بغير واسطة .

قوله : « والقول للمتهب في نفي الفساد » .

أقول : لأن الأصل عدمه بعد وجود المناط الشرعي وهو التراضي وهكذا القول قوله في نفي شرط العوض لأن الأصل عدم الشرط وعـدم إرادته ، وأما تقييد المصنف لذلك بالتالف فلا وجه له بل لا فرق بين أن يكون الموهوب باقيا أو تالفا ، لأن الأصالة المذكورة متحققة فيهما ، وأما كون القول قوله في أن الفوائد من بعد الهبة إلا لقرينة فينبغي أن يقال إن كانت تلك الفوائد مما لا يمكن حدوثها بعد الهبة كان القـول للواهب ، وإن كانت مما لا يمكن وجودها قبل الهبة كان القول للمتهب ، وإن حصل الاحتمال فثبوت يد المتهب عليها موجب لكون القول قوله .

وأما قوله : « وأنه قبل » فلا وجه له بل ينبغي أن يكون القول قول الواهب في نفي القبول على ما تقدم للمصنف من اعتبار العقد سواء قال الشهود ما سمعنا أو لم يقولوا وسواء وصل الواهب كلامه أو فصله لأن الأصل عدم القبول .

فصل

والعُمْرَى والرُّقْبَى مُؤَبدةً ومُطْلَقَةً هِبَةٌ يَتْبَعُها أَحْكَامُهَا ، ومُقَيَّدَةً عَارِيَةٌ تَتَنَاوَلُ إِبَاحَةَ الأَصْلِيَّةِ مَعَ الفَرْعِيَّةِ إلاَّ الوَلَدَ إلاَّ فَوَائِدَه[1] والسُّكْنَى بِشَرْطِ البِنَاءِ إجَارَةٌ فَاسِدَةٌ ودُونَه عَارِيةٌ[2] يَتْبَعُها أَحْكَامُهَا .

(١) الولد مستثنى من الفوائد الأصلية ... فلا يجوز للمعمر استهلاكه إلا فوائده للمعمر أن ينتفع بفوائده كما ينتفع بفوائد أصله. شرح الأزهار ٣/٤٥٦.

(٢) السكنى تقع على وجهين ... أحدهما يشرط البناء على الساكن ... وهذه إجارة فاسدة والثاني إيقاعها دون شرط البناء ... فهي عارية. المصدر السابق.

قوله : « فصل والعمرى والرقبي الخ » .

أقول : الأحاديث الواردة في العُمْرَى والرُّقْبَى[1] تدل على أنها هبة للمعمر والمرقب وتورث عنه فمن ذلك ما ثبت في الصحيحين وغيرهما من حديث أبي هريرة[2] عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال « العُمْرَى مِيرَاثٌ لأَهْلِهَا ، أَوْ قَالَ جَائِزَةٌ » وفي الصحيحين[3] أيضا من حديث جابر قال « قَضَى رَسولُ الله صلى الله عليه وآله وسلم بِالْعُمْرَى لِمَنْ وُهِبَتْ لَهُ » وفي صحيح مسلم[4] وغيره من حديث جابر « أَمْسِكُوا عَلَيْكُم أَمْوَالَكُمْ وَلاَ تُفْسِدُوها فَمَنْ أَعْمَرَ عُمْرَى فَهِيَ لِلَّذِي أُعْمِرَ حَيّاً ومَيِّتاً » وأخرج وأبو داود[5] والنسائي من حديث زيد بن ثابت قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « مَنْ أَعْمَرَ عُمْرَى فَهِيَ لِمُعَمَّرِهِ مَحْيَاهُ وَمَمَاتَهُ لا تَرْقُبُوا مَنْ أَرْقَبَ شَيْئاً فَهُوَ سَبِيلُ المِيرَاثِ » وأخرجه أيضاً ابن ماجه وابن حبان وفي لفظ لأحمد[6] والنسائي من هذا الحديث « جَعَلَ الرُّقْبَى لِلَّذِي أَرْقَبَهَا » وفي لفظ لأحمد[7] « جَعَلَ الرُّقْبَي لِلْوَارِث » وأخرج أحمد والنّسائي[8] من حديث ابن عباس بإسناد صحيح « العُمْرَى جَائِزَةٌ لِمَنْ أَعْمَرَهَا ، والرُّقْبَى جَائِزَةٌ لِمَنْ

---

(١) العمري : مأخوذ من العمر ... وهو الحياة سميت بذلك لأنهم كانوا في الجاهلية يعطي الرجل الرجل الدار ويقول أعمرتك إياها أي أبحتها لك مدة عمرك وحياتك فقيل لها عمرى لذلك ... والرقبى مأخوذة من الرقبة لأن كل منهما يرقب الآخر متى يموت لترجع إليه ... وكان ورثته يقومون مقامه ... وهذا هو الأصل اللغوي .

وقد تناول الشوكاني في نيل الأوطار أقوال العلماء في العمرى والرقبى بما لا يحتاج إلى مزيد إيضاح نستخلص منه ما يأتي :

قال في الفتح : ذهب الجمهور إلى صحة العمري إلا ما حكاه أبو الطيب الطبري من بعض الناس ... والماوردي عن داود الظاهري وطائفة ... لكن ابن حزم قال بصحتها وهو شيخ الظاهرية . ثم اختلفوا إلى ما يتوجه التمليك فالجمهور إلى الرقبة كسائر الهبات حتى لو كان المعمر عبداً فأعتقه الموهوب له نفذ بخلاف الواهب ... قيل يتوجه إلى المنفعة دون الرقبة ... وهو قول مالك والشافعي في القديم وهو يسلك به مسلك العارية أو الوقف ؟ ... روايتان عند المالكية وعن الحنفية التمليك في العمري يتوجه إلى الرقبة وفي الرقبى إلى المنفعة وعنهم أنها باطلة . الصحيح بشرح الفتح ٥/٢٣٨ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٧ .

(٢) حديث متفق عليه يرجع إليه في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٥

(٣) حديث متفق عليه يرجع إليه في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٦ .

(٤) تمام الحديث : « ولعقبه » رواه أحمد أيضاً ... المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٦ .

(٥) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٥ . مختصر السنن للمنذري ٥/١٩٧ . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٦ .

(٦) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٥ . سنن النسائي ٦/٢٢٦ .

(٧) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٥ .

(٨) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٥ . سنن النسائي ٦/٢٢٧ .

أَرْقَبَهَا » وأخرج أحمد والنسائي[1] أيضاً باسناد رجاله ثقات من حديث ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « لاَ تُعْمِرُوا وَلاَ تُرْقِبُوا فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً أَوْ أَرْقَبَهُ فَهُوَ لَهُ حَيَاتَهُ وَمَمَاتَهُ » فهذه الأحاديث تدل على أن العمرى المؤبدة والمطلقة وكذلك الرقبي تقتضي الملك وتورث عمن جعلت له وورد ما يدل على أن العمرى التي تكون للمُعْمَرِ ولِعَقِبِهِ هي التي يقال فيها « له ولعقبه » كما في لفظ من حديث جابر[2] « مَنْ أَعْمَرَ رَجُلاً عُمْرَى لَهُ ولِعَقِبِهِ فَقَدْ قَطَعَ قَوْلُهُ حَقَّهُ فِيهَا ، وَهِيَ لِمَنْ أَعْمَرَ وعَقِبَهُ » أخرجه أحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه وفي لفظ لأبي[3] داود والنّسائي والترمذي وصححه من حديث جابر « أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ فَإِنَّهَا لِلَّذِي يُعْطَاهَا لاَ تَرْجِعُ إِلى الَّذِي أَعْطَاهَا لأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ » وفي لفظ لأحمد ومسلم[4] وأبي داود عن جابر قال « إِنَّمَا العُمْرَى الَّتِي أَجَازَهَا رسولُ الله صلى الله عليه وآله وسلم أَنْ تَقُولَ هِيَ لَكَ وَلِعَقِبِكَ ، فأمّا إذا قال : هِيَ لَكَ مَا عِشْتَ فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى صَاحِبِهَا » وفي رواية للنسائي[5] عن جابر « أَنَّ النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم قَضَى بِالعُمْرَى أَنْ يَهَبَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ وَلِعَقِبِهِ الهِبَةَ وَيَسْتَثْنِيَ انْ حَدَثَ بِكَ حَدَثٌ وَلِعَقِبِكَ فَهِيَ إِلَيَّ وَإِلَى عَقِبِي أَنَّهَا لِمَنْ أَعْطِيَهَا وَلِعَقِبِهِ وأخرج أحمد بإسناد[6] رجالهُ رجال الصحيح من حديث جابر « أَنَّ رَجُلاً مِنَ الأَنْصَارِ أَعْطَى أُمَّهُ حَدِيقَةً مِنْ نَخِيلٍ حَيَاتَهَا ، فَمَاتَتْ فَجَاءَ إِخْوَتُه فقالوا : نَحْنُ فِيهِ شَرَعٌ سَوَاء قال فَأَبَى فَاخْتَصَمُوا إلى رسولِ الله صلى الله عليه وآله وسلم فَقَسَمَهَا بَيْنَهُم ميرَاثاً فَهَذِهِ الروايات كلّها عن حديث جابر ومن قوله قد اختلفت كما ترى فان الروايات الأولى عنه دلت على أن العمرى التي تورث هي ما قيل فيها له ولعقبه والحديث الآخر المروي من طريقة في الرجل

---

(١) حديث ابن عمر من طريق ابن جريج عن عطاء عن حبيب بن أبي ثابت عن ابن عمر ... وقد اختلف في سماع حبيب من ابن عمر فصرح به النسائي ورجال إسناده ثقات . سنن النسائي ٦/٢٣٠ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٦

(٢) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٦ . مسلم بشرح النووي ٤/١٥٣ . سنن النسائي ٦/٢٣٣ .

(٣) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٦ . مختصر السنن للمنذري ٥/١٩٥ . سنن النسائي ٦/٢٣٣ .

(٤) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٦ . مسلم بشرح النووي ٤/١٥٤ . مختصر السنن للمنذري ٥/١٩٦ .

(٥) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٦ . سنن النسائي ٦/٢٣٤ .

(٦) الحديث أخرجه أيضاً أبو داود وسكت عنه هو والمنذري ... وقال ابن رسلان في شرح السنن ما لفظه : هذا الحديث رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح . مختصر وشرح وتهذيب السنن ٥/١٩٦ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٦ .

الذي جعل لأمه الحديقة حياتها فحكم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بأنها لورثتها تدل على خلاف ذلك .

فالحاصل أنه إذا قيل في العُمْرى والرُّقْبَى لك ولعقبتك كانت تمليكاً لمن وقعت له ولمن بعده . وإن قال أَعَمرتك أو أَرْقبتك فظاهر الأحاديث التي ذكرناها أنها تمليك له وتورث عنه ، وما روى عن جابر فقد اختلف ما هو مرفوع منه وما كان مدرجاً . فلا حجة فيه فيجب الرجوع إلى سائر الأحاديث . وهي كما عرفت مصرحة بأنها ملك له ولورثته ، فكان حكم هذه المطلقة عن ذكر العقب حكم ما ذكر فيها العقب . وهكذا المؤيدة إذا قال أعمرتك أبدا أو أرقبتك أبدا . فإنها تمليك كما يدل عليه لفظ التأبيد . وأما إذا كانت مقيدة بمدة معلومة كأَن يقول أعمرتك أو أرقبتك هذا عشر سنين أو عشرين سنة ، فإنه لا يستحق إلا ذلك المقدار ، لأنها لم تَطِب نفسه إلا بذلك القدر . وهكذا لو اشترط كان يقول أعمرتك هذا ما عشت فإذا مت رجع إليّ . فإنه يرجع إليه عند موت المعمر أو المرقب . فهذا حاصل ما ينبغي أن يقال في العمرى والرقبى والعمرى المؤقتة يستحق صاحبها جميع الفوائد الحاصلة في العين . ولا وجه لاستثناء المصنف للولد إلا أن يستثنيه من وقعت منه أو يجري عرف يكون في حكم المنطوق به . وأما السكنى بشرط البناء فإذا وقع التراضي على ذلك كان صحيحاً ولا يقدح في الصحة مجرد الجهالة لأن لكل واحد منهما أن يتركها متى شاء كما تقدم تقريره . وأما بدون هذا الشرط فلفظ الإشكال قد تضمن إباحة المنافع وهذه الإباحة عارية وقد تقدمت أحكامها .

كتاب الوقف

فصل

يُشْرَط في الوَاقِفِ التَّكليف . والإِسْلَام . والاخْتِيَار . والمِلْك . وإطْلَاق التَّصَرُّف . وفي المَوْقُوف صِحَّةُ الانْتِفَاعِ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ . ولَوْ مُشَاعاً . يَنْقَسِمُ أَوْ جَمِيعُ مَالِي وَفِيهِ مَا يَصِحّ[1] وما لاَ كَأُمِّ الوَلَدِ . وَمَا مَنَافِعُهُ لِلْغَيْرِ وما في ذِمَّةِ الغَيْر . ولاَ يَصِحّ تَعْلِيقُ تَعْيِينِهِ فِي الذِّمَّةِ . ولا تَلْحَقُه الإجَازَةُ كَالطَّلَاقِ . وإِذَا الْتَبسَ مَا قَدْ عَيَّنَ فِي النِّيَّةِ بِغَيْرِهِ فَبلاَ تَفْرِيط صَارَ لِلْمَصَالِح . وَبِهِ قِيمَةُ أَحَدِهِمَا فَقَطْ . وفي المَصْرِفَ كَونُه قُرْبَةً تَحْقِيقاً أَوْ تَقْدِيراً . وفي الإيجَابِ لَفْظُه صَرِيحاً أَوْ كِنَايَةً مَعَ قَصْدِ القُرْبَةِ فِيهِمَا . وَيَنطِقُ بِهَا أَوْ بِمَا يَدُلّ عَلَيْهَا مَعَ الكِنَايَة

أعلم : أن ثبوت الوقف في هذه الشريعة وثبوت كونه قربة أظهر من شمس النهار . ولهذا قال الترمذي : لا نعلم بين الصحابة والمتقدمين من أهل العلم خلافاً في جواز وقف الأرضين انتهى . وأما ما يروى عن أبي حنيفة[2] من أن الوقف لا يلزم فقد خالفه في ذلك جميع أصحابه إلا زفر وقد حكى الطحاوي عن أبي يوسف أنه قال لو بلغ أبا حنيفة لقال به انتهى وقد قرر[3] صلى الله عليه وآله وسلم وقفْ عُمَرَ وَرَغَّبَ الصَّحَابة في وقف

---

(١) إذا قال الواقف وقفت جميع مالي وفيه ما يصح وقفه وما لا يصح وقفه لم يمنع ذلك من صحة وقف ما يصح وقفه . شرح الأزهار ٣/٤٦١ .

(٢) الاختيار شرح المختار لابن مودود الموصلي الحنفي ٢/١٠٤ .

وقف عمر هو ما رواه محمد بن الحسن عن صخر بن جويرية عن نافع عن ابن عمر : « أن عمر رضي الله عنه كان له أرض تدعى ثمغ . وكانت نخلاً نفيساً فقال عمر يا رسول الله إني استفدت مالا نفيساً أفأتصدق به ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته على المساكين ... فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله وفي الرقاب والمساكين وابن السبيل وذوي القربى وسيأتي الحديث بعد . الاختيار شرح المختار ٢/١٠٤ .

رُومة(١) فاشتراها عثمان ووقفها(٢) . وأَمَرَ أَبَا طَلْحَة أَنْ يَجْعَل أَحَبَّ أَمْوَالِهِ إليه في الأَقْرَبِينَ وقال صلى الله عليه وآله وسلم(٣) « أَمَّا خَالِدٌ فَقَدْ حبس أَدْرَاعَهُ وأَعْتُدَهُ في سَبِيلِ اللهِ » وقال(٤) : إِذَا مَاتَ الإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَمَلُه إِلاَّ مِنْ ثَلاَثٍ : صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ » وهذه أحاديث صحيحة معروفة وثبت وقوع الوقف من جماعة من الصحابة بعد موته فالعجب ممن قلم في وجه هذه الشريعة الواضحة والسنة القائمة بما يحكى عن ابن عباس(٥) أنه قال « لاَ حَبْسَ بَعْدَ نُزُولِ سُورَةِ النِّسَاءِ » مع أن هذا لم يثبت عنه من طريق معتبرة ، وما قيل من أنه أخرجه عنه البيهقي في الشعب ففي إسناده من لا تقوم به الحجة . ومع هذا فهو اجتهاد صحابي ليس بحجة على أحد على أن مراده شيء آخر غير الوقف ، وهو أنها لا تحبس فريضة عمن أعطاها الله سبحانه كما يدل عليه قوله لا حبس بعد نزول سورة النساء ، ولو قدّرنا أنه يريد الوقف لكان محجوبا بالأدلة الصحيحة وبإجماع الصحابة .

قوله : « فصل : يشترط في الواقف التكليف والإسلام » .

أقول : أما اشتراط التكليف فلكون غير المكلف محجوراً عن التصرف في ماله بما فيه عوض كالبيع ونحوه فكيف بما لا عوض فيه ، وأما اشتراط الإسلام فقد تقرر أن الوقف قربة من القرب الموجبة لعظيم الثواب . والكافر غير متأهل لذلك . فإن فعل فليس هذا الذي فعله هو الواقف الشرعي الذي نحن بصدده وليس الكلام إلا الوقف الشرعي . وأما اشتراط أن يكون الموقوف مما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه فلكونها لا توجد ماهية الوقف إلا فيما كان كذلك لأن الوقف هو تحبيس الأصل وتسبيل فوائده .

(١) يرجع إلى حديث عثمان بن عفان رضي الله عنه في شرائه لبئر رومة عند النسائي والترمذي والبخاري تعليقا . وأورده في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٢٥ .

(٢) يرجع إلى حديث أنس في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٣٠ .

(٣) مر الحديث من قبل ص ٧١ جـ٢ .

(٤) الحديث عن أبي هريرة رواه الجماعة إلا البخاري وابن ماجه وقد فسر العلماء الصدقة الجارية بالوقف . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٢٤ .

(٥) في إسناد الحديث ابن لهيعة ولا يحتج بمثله . نيل الأوطار على المنتقي ٦/٢٧ .

وأما قوله : « ولو مشاعاً » فظاهر لأن الأصل عدم المانع وقد طول جماعة الكلام في وقف المشاع استدلالا وردا وكله في غير طائل . وهكذا تصح الصورة التي ذكرها وهي وقف جميع المال وفيه ما يصح وما لا يصح لأن وجود ما لا يصح وقفه فيما تناوله الوقف لا يصلح أن يكون مانعا لصحة وقف ما يصح وقفه فيصح ما يصح . ويبطل ما يبطل كما قدمنا على قوله ومتى انضم إلى جائز البيع غيره فسد .

وأما قوله : « ولا يصح تعليق تعيينه في الذمة » فوجهه عدم استقرار ما وقع الوقف عليه . وليس مثل هذا ينبغي أن يكون مانعا من الصحة . فإنه إذا قال وقفت أرضا من الأراضي التي أملكها كان متقربا واقفاً بمجرد صدور هذا منه . وبعد ذلك التعيين إليه في أي أرض أراد من أملاكه . ومن زعم أن في هذا الوقف مانعا يمنع من صحته فالدليل عليه . وإن لم يكن إلا مجرد الرأي المبني على الهباء فرأيه رد عليه .

وأما قوله : « ولا تلحقه الإجازة » فلا وجه له لأن الإجارة نفسها هي التي حصل بها الوقف كما قدمنا مثل هذا في غير موضع .

وأما قوله : « وإذ التبس ما قد عين في النية » الخ فوجهه أن ذلك الغير الذي وقع الالتباس به قد صار أحد محتملات ما تعلقت به القربة . فصارا جميعا للمصالح . وهذا الوجه غير وجيه بل ينبغي أن يقال اختياره الذي كان عند إنشاء الوقف هو باق الآن معه فيعين أيهما شاء بعد الالتباس . وليس هذا الالتباس موجبا لخروج ملكه المتقين المعصوم بعصمة الإسلام . وقد قدمنا على قوله ومتى اختلطت فالتبست أملاك الأعداد ما فيه كفاية

قوله : « وفي المصرف كونه قربه الخ » .

أقول : هذا الوقف الذي جاءت به الشريعة ورغب فيه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أصحابه هو الذي يتقرب به إلى الله عز وجل، حتى يكون من الصدقة الجارية التي لا ينقطع عن فاعلها ثوابها ، فلا يصح أن يكون مصرفه غير قربة ، لأن ذلك خلاف

موضوع الوقف المشروع لكن القربة توجد في كل ما أثبت فيه الشرع أجرا لفاعله كائنا ما كان ، فمن وقف مثلا على إطعام نوع من أنواع الحيوانات المحترمة كان وقفه صحيحاً ، لأنه قد ثبت في السنة الصحيحة[1] « أَنَّ فِي كُلِّ كَبِدٍ رَطْبَةٍ أَجْراً » ومثل هذا لو وقف على من يخرج القذاة من المسجد ، أو يرفع ما يؤذي المسلمين في طرقهم ، فإن ذلك وقف صحيح لورود الأدلة الدالة على ثبوت الأجر لفاعل ذلك فقس على هذا غيره مما هو مُسَاوٍ لَهُ في ثبوت الأجر لفاعله ، وما آكد منه في اسحقاق الثواب ، وأما الأوقاف التي يراد بها قطع ما أمر الله به أن يوصل ، ومخالفة فرائض الله عز وجل فهو باطل من أصله لا ينعقد بحال ، وذلك كمن يقف على ذكور أولاده دون إناثهم ، وما أشبه ذلك فإن هذا لم يُرد التقرب إلى الله بل أراد المخالفة لأحكام الله عز وجل ، والمعاندة لما شرعه لعباده ، وجعل هذا الوقف الطاغوتي ذريعة إلى ذلك المقصد الشيطاني ، فليكن هذا منك على ذكر فما أكثر وقوعه في هذه الأزمنة وهكذا وقف من لا يحمله على الوقف إلا محبة بقاء المال في ذريته ، وعدم خروجه عن أملاكهم فيقفه على ذريته فإن هذا إنما أراد المخالفة لحكم الله عز وجل ، وهو انتقال الملك بالميراث وتفويض الوارث في ميراثه يتصرف به كيف يشاء وليس أمر غناء الورثة ولا فقرهم إلى هذا الوقف بل هو إلى الله عز وجل ، وقد توجد القربة في مثل هذا الوقف على الذرية نادراً بحسب اختلاف الأشخاص فعلى الناظر أن يمعن النظر في الأسباب المقتضية لذلك . من هذا النادر أن يقف على من تمسك بطرق الصلاح من ذريته أو اشتغل بطلب العلم فإن هذا الوقف ربما يكون المقصد فيه خالصا والقربة متحققة والأعمال بالنيات ولكن تفويض الأمر إلى ما حكم الله به بين عباده وارتضاه لهم أولى وأحق .

قوله : « وفي الايجاب لفظه الخ » .

أقول : المعتبر ما فيه دلالة على هذه القربة وعلى طيبة النفس بصرف ذلك المال إلى هذا الوجه بأي لفظ كان وعلى أي صفة وقع ، ولو بإشارة من قادر على النطق كما قد

(١) الحديث أخرجه البخاري عن أبي هريرة مرفوعاً وبنحوه عن سراقة عند البيهقي . كشف الخفاء ومزيل الالباس للعجلوني ٢/١٣٤ .

قزرنا هذا في غير موضع من هذا الكتاب .

وأما قوله : « مع قصد القربة » فهو الركن الأعظم الذي تدور عليه دوائر الصحة أو البطلان ، وليس النطق بالقربة معتبراً بل المراد القصد لذلك عند إرادة فعل هذه الخصلة الصالحة والصدقة الجارية والحبسة الدائمة والثواب المستمرة النفع .

فصل

وَلاَ يَصِحّ مَعَ ذِكْرِ المَصْرَفِ إلاَّ مُنْحَصِراً ، ويُخَصَّصُ أَوْ مُتَضَمِّناً لِلْقُرْبَةِ ، ويُصرفُ في الجِنْسِ ، ويُغْنِي عَنْ ذِكْرِه ذِكرُ القُرْبَةِ مطلقاً أو قَصْدُها مع التَّصْرِيح فَقَط ، ويكونُ فِيهِمَا لِلْفُقَرَاءِ مُطْلَقاً ، وله بَعْدُ تَعْيِينُ المَصْرَف[1] وإذا عَيَّن مَوْضِعاً لِلصَّرْفِ أَوْ لِلانْتِفَاعِ تَعَيّن ، وَلاَ يَبْطُل المَصْرَفُ بِزَوَالِهِ .

قوله : « فصل ولا يصح مع ذكر المصرف الا منحصراً » .

أقول : مقصود الوقف الذي يصح عنده هو قصد التقرب إلى الله عز وجل ، فإذا كان المصرف توجد فيه أو في بعضه القربة بالصرف إليه ، فالوقف صحيح ويُصرف في الذي فيه القربة لا فيمن لا قربة فيه ، ولا وجه لاشتراط الانحصار أصلا ، فإن القربة إذا كانت موجودة في غير المنحصر لم يبق شك في صحة الوقف وعدم وجود المانع من صحته ، فإن أراد بهذا الكلام أنه لا يصح الوقف مع ذكر المصرف وعدم ذكر القربة إلا إذا كان منحصراً ، لأنه إذا كان المنحصر في الحال لا قربةفيه كالأغنياء فقد توجد القربة بافتقار من يفتقر منهم أو انتقاله عنهم إلى من بعدهم ممن ليس بغنى ، فإن كان مراده هذا فما أقل فائدة هذا الكلام مع عدم دلالة كلامه عليه .

---

(١) للواقف بعد أن أطلق الوقف تعيين المصرف ولو بعد مدة . شرح الأزهار ٣/٤٦٦ .

وأما قوله : « ويخصص» فوجهه أنه قد صار لكل واحد من المصرف المنحصرين حق في ذلك الوقف .

وأما قوله : « أو مضمناً للقربة » فظاهر كأن يقول وقفت هذا على الفقراء أو على المجاهدين، ويصرف في حبس المتصفين بتلك الصفة ، وقد أطال المصنف في غير طائل ، وكان يغنيه عن هذا كله أن يقول ولا يصح إلا مع قصد القربة ويخصص في المنحصر .

وأما قوله : « ويكون فيهما للفقراء مطلقاً » فلا وجه له بل يكون لأي صنف من الأصناف التي توجد فيهم القربة أو في الأفراد من كل هذه الأصناف أو بعضها ، للقطع بأن الصرف في المجاهدين أو فك أسرى المسلمين إذا لم تكن القربة فيه أظهر من مطلق الفقراء فهو مثله .

وأما قوله : « وله بعد تعيين المصرف » فظاهر لأنه مع عدم التعيين في الابتداء مفوض في صرف وقفه في أي مصرف شاء ، وهكذا قوله وإذا عين موضعاً للصرف أو الانتفاع تعين لأن له أن يختار لنفسه ما أراد ولا حجر عليه .

وأما قوله : « ولا يبطل المصرف بزواله » فيُرجع في ذلك إلى ما يعرف من قصده ، فإن عرف من قصده أن هذا الموضع المعين إذا زال صرف في موضع آخر مماثل له ، فلا يبطل المصرف بزواله كمن يقف على إطعام من يرد من الغرباء إلى مكان كذا ، فإنه ينقل إلى إطعام من يرد منهم إلى موضع آخر مماثل له وإن عرف من قصده أنه إذا لم يبق ذلك الموضع عاد لورثته ، فإنه يعود إليهم فإن التبس علينا مقصده فالأولى أن يصرف إلى المصرف في موضع آخر مماثل لذلك الموضع لأن في هذا الصرف بقاء الوقف واستمرار النفع للواقف .

فصل

وَيَصِحّ عَلَى النَّفْسِ وَالفُقَرَاءِ لِمَنْ عَدَاهُ الا عَنْ حَقٍّ فَلِمَصْرِفِهِ[1] ، والأَوْلاَدُ مُفْرداً لأَوّل دَرَجَةٍ بالسَّوِيَّةِ وَمَثْنَى فَصَاعِداً بِالْفَاءِ أَوْ ثُمّ لَهُمْ ما تَنَاسَلُوا[2] ، ولا يَدْخُل الأَسْفَلُ حَتَّى يَنْقَرِضَ الأَعْلَى إلاَّ لأَمْرٍ يُدْخِلُهُ كَالْوَاوِ عِنْدَ (م) وَمَتَى صَارَ إلى بَطْنٍ بِالْوقْفِ فَعَلَى الرُّؤوس ، ويَبْطُل تَأْجِيرُ الأوّل ونَحْوه لا بِالإرْث فَبِحَسَبِهِ ، وَلاَ يَبْطُل ، والقَرَابة والأَقَارِب لِمَنْ وَلَدَه جَدٌّ أَبَوَيْهِ مَا تَنَاسَلُوا ، والأقربُ فَالأَقْربُ لأقْربهم إليه نَسَباً ، والأَسْتَرُ لِلأَوْرَعِ ، والوَارِثُ لِذِي الإِرْثِ فَقَطْ ، ويُتْبع في التَّخْصِيصِ[3] وهذا الفُلاَنِيّ المَشَار إليه وإنْ انْكَشَفَ غَيْرَ المُسَمَّى .

قوله : « فصل : ويصح على النفس » .

أقول : إن ذكر بعد نفسه ما يكون قربة كأن يقول على نفسه ثم على الفقراء أو نحو ذلك ، فهذا صحيح ويحمل في وقفه على نفسه على مقصد صالح له ، وذلك بأن يقصد منع نفسه من بيع ذلك الذي جعله وقفاً ، حتى يكون وقفاً متقربا به إلى الله ، ولا يحصل مثل هذا المقصد بإضافته للوقف إلى بعد موته ، ولأنه قد يعرض له من الحاجة ما يسوغ له بيعه مع عدم نجاز الوقف ، ومع هذا فقد تكون القربة متحققة بوقفه على نفسه فقط ، وذلك بأن يقصد استمرار الانتفاع به ما دام في الحياة وقصر نفسه عن أن يبيعه ويحتاج

---

(١) من وقف على الفقراء دخل فيه كل فقير غير الواقف إذ لفظ الفقراء في العرف لمن عدله سواء كان قريباً إليه أم أجنبياً إلا أن يكون ذلك الوقف وقفه الواقف عن حق واجب عليه... فلا يصرف إلا في ذلك الحق . شرح الأزهار ٣/٤٦٨ .

(٢) من قال وقف على أولادي ولم يقل فأولادهم ... ولكن أتى بلفظ الأولاد مفرداً فإنه يكون لأول درجة من اولاده بالسوية أما إذا ذكر الأولاد مثنى فصاعداً إما بالفاء أو بثم يكون لهم ما تناسلوا .

وفي شرح الأزهار حدد هذه القاعدة في صورتين :

الأولى : أن يعين الأولاد ويقول فلان وفلان أو يشير إليهم ... فهذا وقف عين .

الثانية : أن يقول على أولادي ولا يسمى ولا يشير وهذا يسمى وقف جنس .

ففي الأولى الوقف عليهم ... وفي الثانية يدخل من يولد ومن مات فنصيبه لورثته . شرح الأزهار ٣/٤٦٩ .

(٣) يتبع الأرث في توزيع الحصص بينهم على حسب الميراث لا على الرؤوس . المصدر السابق .

إلى الناس بعد بيعه .

قوله : « والفقراء لمن عداه » .

أقول : هذا هو الظاهر في المحاورات بين الناس ومخاطبات بعضهم لبعض وإن كان جمهور أهل الاصول قائلين بدخول المخاطب في خطاب نفسه .

وأما قوله : « إلا عن حق فلمصرفه » فوجهه ظاهر لأن ذكر الحق مشعر بأن المراد بالوقف الصرف في مصارف ذلك الحق .

وأما قوله : « والأولاد مُفْرِداً . لأول دَرَجة بالسوية » فوجهه أن ذكره لأول درجة يدل على استوائهم في ذلك فيقسم بينهم بالسوية ، ويصير ما بيد كل واحد إلى ورثته سواء عينهم أو أطلق إلا أن يقصد أنه يكون لهم حتى ينقرض للآخر منهم ثم يعود لورثتهم فانه لا حق للورثة إلا بعد انقراض الآخر ثم يصير لورثتهم جميعا فأعرف أنه لا بد من القصد في مثل هذا ، ولا تغتر بما يذكره المفرعون في هذا المقام من أن الوقف على المعينين من الأولاد كل واحد منهم بموته ، ويقال لهذا وقف عين ، وأن الوقف على أولاده من غير تعيين تبقى فيهم حتى ينقرض الآخر ويعود لورثتهم ، ويقال لهذا وقف جنس .

وأما قوله : « ومثنى فصاعد بالفاء أو ثم لهم ما تناسلوا » فلا بد أن يقيد هذا بأنه عرف من قصده أنه أراد الأولاد ثم أولادهم ثم من بعدهم طبقة بعد طبقة ، أما لو قال أولادي ثم أولادهم واقتصر على هذا فإنه لا يتناول من بعد هاتين الطبقتين بل تشترك فيه الطبقة الأولى ، ثم الطبقة الثانية يصير نصيب كل واحد إلى ورثته كما قدمنا ، والعموم الكائن في قوله « ثم أولادهم » هو باعتبار أهل تلك الطبقة المضافة إلى الأولاد باعتبار كل من يحدث من الطبقات الكائنة بعدهم .

قوله : « والقرابة والأقارب لمن ولده جد أبويه » .

أقول : القرابة والأقارب معروفان في لغة العرب مدونان في كتب اللغة ، فإن كان

ثم عرف تعين عليه حمل كلام الواقف فهو مقدم لأن كلامه لا يكون إلا على العرف الجاري بين أهل عصره وقد قسم النبي صلى الله عليه وآله وسلم سهم ذوي القربي المذكور في قوله تعالى[1] (وَٱعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ) بين بني هاشم وبني المطلب فعاتبه بعض بني أمية في إدخال بني المطلب في القسمة وإخراج بني أمية مع كونهم في القرابة إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سواء ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مُبَيِّناً لهم وجه التخصيص لبني المطلب بأنهم لم يُفَارقوه في جاهلية ولا إسلام فكان هذا هو المقتضي لدخولهم مع بني هاشم ولم يدخلوا لكونهم من ذوي القربى .

وأما قوله : « والأقرب فالأقرب لأقربهم إليه نسباً » فوجهه أن هذا العطف الكائن بين صيغتي التفضيل يدل على اعتبار الأقرب إلى الواقف ثم الأقرب فيقدم أقربهم إليه ثم من يليه ثم كذلك .

وأما قوله : « والأستر للأورع » فوجهه أن التمسك بالورع قد أخذ بأعلى أنواع الستر إلا أن يجري عرف يحمل عليه كلام الواقف بخلاف ذلك فهو مقدم .

وأما قوله : « والوارث لذي الإرث » فظاهر لأنه لا يريد إلا من يرثه بغير واسطة فإن قصد ما هو أعم من ذلك وجرى به عرفه وعرف أهل بلده حمل كلامه عليه .

وأما قوله : « وهذا الفلاني » الخ فلا وجه له وإن كانت الإشارة أقوى لكن المقاصد هي المعتبرة فان قصد المسمى ولم يرد غيره فلا يتناول هذا التركيب من أشار اليه لأنه لا يخرج ماله عن ملكه الا بطيبة من نفسه فلا يكون الا لمن قصده .

---

(١) الآية الكريمة ٤١ من سورة الأنفال ويرجع إلى المسألة الثانية عشرة من تفسير القرطبي للآية الكريمة ... وإلى حديث جبير بن مطعم في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٨/٧٢ .

فصل

وَيَعُودُ لِلْوَاقِفِ أَوْ وَارِثِه بِزَوَال مَصْرَفِه ، وَوَارِثِه أَوْ شَرْطِهِ ، أَوْ وَقْتِه ، وتُورَثُ مَنَافِعُه ، وَيَتَأَبَّدُ مُوَقَّتُهُ وَيَتَقَيَّدُ بِالشَّرْطِ والاسْتِثْنَاء ، فَيَصِحّ وَقْفُ أَرْضٍ لِمَا شَاءَ ، ويَسْتَثْنِي غَلَّتَهَا لِمَا شَاءَ ، ولَوْ عَنْ أَيّ حَقّ فِيهِمَا[1] وإلاَّ تَبِعَتْ الرَّقَبَةَ[2] قيل وَلاَ تَسْقُطُ مَا أَسْقِطَتْ وله أَنْ يُعَيِّن مَصْرِفَها[3] .

قوله : « فصل ويعود للواقف أو وارثه بزوال مصرفه ووارثه » .

أقول : الوقف تحبيس مؤيد ورجوعه إلى الواقف ووارثه عند انقطاع مصرفه يخالف التحبيس والتأبيد فإن قلت : إذا زال مصرفه الذي وقفه عليه الواقف فماذا يكون وإلى أين يصير؟ قلت ينبغي أن يصرف في مصرف مماثل لذلك المصرف الذي كان الصرف إليه كما يقتضيه قوله صلى الله عليه وآله وسلم لعمر[4] « إنْ شِئْتَ حَبَّسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا » وفي لفظ[5] « حَبِّسْ أَصْلَهَا وَسَبِّل ثَمَرَتَهَا » فبقاء العين الموقوفة على ما يوجبه الوقف هو معنى التحبيس وزوال مصرفه لا يرفع هذا التحبيس لأنه تحبيس مطلق ، ولو كان مقيداً ببقاء المصرف لم يكن وقفا وسيأتي للمصنف « أن رقبة الوقف النافذ وفروعه ملك لله محبسة للانتفاع » فكيف يعود ما قد صار ملكا لله للواقف أو وارثه ، وهكذا لا يعود بزوال شرطه لأن هذا شرط يخالف موجب الوقف ويرفعه وهكذا لا يصلح قوله أو وقته ،

(١) فيهما : أي في الوقف والاستثناء .

(٢) إن لم يستثن الغلة تبعت الرقبة فتصرف إلى من الرقبة موقوفة عليه . شرح الأزهار ٣/٤٧٧ .

(٣) لا تسقط الغلة ما أسقطت الرقبة من الحق حيث كانت موقوفة عن حق وصرفت الغلة إلى الفقراء تبعاً لصرف الرقبة ... وإذا تبعت الغلة الرقبة في المصرف جاز للواقف بعد ذلك أن يعين مصرفها إلى جهة أخرى ولو بعد حين . شرح الأزهار ٣/٤٧٨ .

(٤) العبارة من الحديث الذي رواه الجماعة عن ابن عمر : « أن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر ... فقال يا رسول الله أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمرني؟ فقال صلى الله عليه وآله وسلم : « إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها » فتصدق بها عمر على ألا تباع ولا توهب ولا تورث في الفقراء وذوي القربى والرقاب والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٦/٢٤ .

(٥) العبارة من حديث ابن عمر أيضاً عند النسائي وابن ماجه وأخرجه الشافعي ولفظه كما في المنتقى : « قال عمر للنبي صلى الله عليه وآله وسلم ... إن المائة السهم التي لي بخيبر لم أصب مالا قط أعجب إلي منها قد أردت أن أتصدق بها فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : « الحديث » . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٦/٢٨ .

لأن التوقيت يخالف ما يقتضيه الوقف من التحبيس المؤبد وقد حمل هذا على وقت الصرف لا وقت الوقف لما سيأتي للمصنف من قوله ويتأبد مؤقته ، وهكذا لا تورث منافعه لأن منافع ما قد صار محبساً لله عز وجل تحبيساً مؤبداً هي لله عز وجل .

وأما قوله « ويتأبد مؤقته » فظاهر ولا يكون وقفاً إلا بذلك .

وأما قوله : « ويتقيد بالشرط » فمعناه أنه إذا قيد إيقاع الوقف منه بشرط تقيد كأن يقول إن شفى الله مريضي فقد وقفت كذا ، وهكذا يتقيد بالاستثناء لأنه ملكه فيخرج منه بالاستثناء ما شاء ومن هذا قوله ويصح وقف أرض لما شاء ويستثني غلتها لما شاء وبعد أن يستوفي المصرف الذي استثنى الغلة له ما هو عليه من زكاة أو مظلمة أو نحوهما أن يعين مصرف الوقف ولا مانع من ذلك .

فصل

ومَنْ فَعَلَ في شَيْءٍ مَا ظَاهِرُه التَّسْبِيلُ خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ ، كَنَصِيب جِسْرٍ وتَعْلِيق بَابٍ في مَسْجِد ، لا نَحْو قِنْدِيلٍ ، ولا اقْتِطاعٌ أَوْ شِرَاءٌ بِنِيَّتِهِ[1] لَهُ ، ومَتَى كَمُلَتْ شُرُوط المَسْجِدِ صَحّ الوَقْفُ عَلَيْه وهي أَنْ يَلْفِظَ بِنِيَّةِ تَسْبِيله سُفْلاً وعُلُوّا ، أو يَبْنِيهِ نَاوِياً ، وَيفْتَحُ بَابَه إلَىَ مَا النَّاسُ فِيهِ عَلَىَ سَوَاءٍ مَعَ كَوْنِهِ في مِلْكٍ أَوْ مُبَاحٍ مَحْضٍ أَوْ حَقٍّ عام بِإذنِ الإمامِ ، ولا ضَرَرَ فِيه ، ولا تُحَوَّل آلاَتُهُ وأَوْقَافُهُ بِمَصِيرِهِ في قَفْرٍ مَا بَقِيَ قَرَارُه فإن ذَهَب عَادَ لِكُلٍ مَا وَقَفَ وَقْفاً[2] .

قوله : « فصل ومن فعل في شيء ما ظاهره التسبيل خرج عن ملكه » .

---

(1) كذلك لا يخرج عن ملكه اقتطاع عود أو شراء شيء بنية أنه للمسجد حتى يحصل منه ما يقتضي خروج ذلك عن ملكه . شرح الأزهار ٣/٤٧٩ .

(2) إذا ذهب قرار المسجد بأن حدده السيل عاد هو وأوقافه لكل من الواقف أو وارثه ما وقف أو ورث وقفاً عليهم لا ملكاً . المصدر السابق .

أقول : ليس بمثل هذا تخرج أموال العباد المعصومة بعصمة الإسلام عن أملاكهم ، ولا قائل يقول إن مجرد القرينة يقتضي خروج الأملاك ، وغاية ما في هذا حصول قرينة أنه قد وقف ذلك الشيء الذي فعله في المسجد ونحوه من مصحف أو نحوه فلا بد أن يعلم أنه قد أخرج ذلك على ملكه وتقرب به وإلا فهو باق على ملكه والأصل عدم الوقف وعدم التسبيل ، ومثل هذا نصب الجرس وتعليق الباب في المسجد ، وهكذا تعليق القنديل حكمه حكم تعليق الباب ، ولا وجه للفرق بينهما ، وأما اقتطاع الخشب بنية كون ذلك وقفاً وهكذا شراء شيء بنية كون ذلك وقفاً فالظاهر أنه قد صار بهذه النية وقفاً ، لأن النية هي التي يصير بها الوقف وقفاً ولا اعتبار بالألفاظ كما قدمنا غير مرة ، فإذا أقر بوقوع هذه النية منه لم يقبل منه الرجوع عنها .

قوله : « ومتى كملت شروطاً لمسجد صح الوقف عليه » .

أقول : يصح الوقف عليه ، ولو قبل كمال شروطه بل ولو قبل أن يعمر لأن التعليق للوقف بوقت مستقبل صحيح ، ولا مانع عنه من شرع ولا عقل ، وغايته أنه يتوقف نجاز الوقف على تمام المسجد .

وأما قوله « وهي أن يلفظ بنية تسبيله سفلا وعلواً» فلا وجه لاشتراط اللفظ بل المعتبر حصول التراضي بمصيره مسجداً مسبلا ، ولو كان الدليل على هذا الرضا مجرد إشارة من قادر على النطق أو كتابة دالة على ذلك .

والحاصل أن اشتراط الألفاظ المخصوصة في هذا وغيره جمود لا وجه له من رواية ولا رأي ، وقد أصاب المصنف حيث قال أو يبنيه ناويا ، فإن هذه النية هي التي لا تعتبر غيرها ، وأما اشتراط أن يفتح بابه إلى ما الناس فيه على سواء فمبني على أنه لا يكون مسجدا إلا ما كان هكذا ، وليس على هذا الاشترط أثارة من علم بل المسجد الذي يعمر خاصا بأهل قرية أو بعض قرية أو ملك الباني ليصلي فيه هو وأهله هو مسجد وحكمه حكم غيره

من المساجد وإن كانت الصلاة فيه الجماعات أكثر ثوابا بالحديث[1] « صلاة الرجل مع الرجل أَفضَلَ مِنْ صَلاَتِهِ وَحْدَه ، وصَلاَتُه مَعَ الرَّجُلَيْن أَفْضَل ثُمّ كَذَلِك مَا كَثُرَتْ الجماعَةُ» ومعلـوم أن هذه الفضيلة لا تستلزم أن ما دون هذا المسجد الذي تكثر فيه الجماعات لا يكون مسجداً لا شرعا ولا عقلا ولا عادة .

وأما قوله: « مع كونه في ملك »فلا بد من ذلك لأن الإنسان لا يتقرب بغير ما هو مملوك له ومثله المباح الذي لا يتعلق به حق لأحد لأن بناء المسجد فيه تحجر له ، وقد قدمنا أن التحجر يفيد الملك كما يفيده الإحياء وأما الحق العام فلا بد من وجود المصلحة الراجحة ، وعدم وجود مفسدة على أهل الحق ، فإذا كان كذلك جاز للإمام أن يأذن له ببنائه وإلا فلا .

قوله : « ولا تحول آلاته وأوقافه الخ » .

أقول : هذا جمود يخالف ما فيه المصلحة للواقف وما فيه المصلحة للمصرف ، فإن مصير المسجد إلى هذه الحالة وهو كونه في قفر لا يصلي فيه أحد يكون بقاء آلاته فيه واستمرار أوقافه عليه من إضاعة المال التي صح النهي عنها ، ومن إحرام الواقف ما يصل إليه من الصدقة الجارية ، ومن إحرام طائفة من المسلمين للانتفاع بهذه الآلات وبهذه الأوقاف في مسجد آخر مماثل لهذا المسجد فالعجب من استحسان مثل هذا الرأي والجزم به في المؤلفات التي هي دواوين علم الشرع .

وأما قوله : « فإن ذهب قراره عاد لكل ما وقف وقفا » فقد عرفناك فيما سلف عند قوله ويعود للواقف ما هو الصواب الذي لا ينبغي العدول عنه الى غيره .

(١) يرجع إلى الحديث ص ٢٤٦ جـ١ .

فصل

وَلِكُلّ إِعَادَةَ المُنْهَدِمِ وَلَو دُونَ الأَوّلِ ، ونَقْضُه لِلتَّوْسِيعِ مَعَ الْحَاجَةِ ، وظَنّ إمْكَان الإعَادة ، ولا إثم ولاَ ضَمَانَ ، وإنْ عَجَزَ ، ويُشْرِك اللَّحِيقُ في المَنَافِعِ[1] ولِلْمُتَولِّي كَسْب مُسْتَغِل بِفَاضِلِ غَلَّتِهِ ولَوْ بِمُؤْنَةِ مَنَارَةٍ عُمِّرت مِنْهَا ، ولا يَصِيرُ وَقْفاً ، وصَرْفُ مَا قِيلَ فِيهِ لِلمَسْجِد أَوْ لِمَنَافِعِهِ أَوْ لِعِمَارَتِهِ فِيمَا يَزِيدُ في حَيَاتِهِ كَالتَّدْرِيسِ[2] إلاَّ مَا قَصَرَهُ الوَاقِفُ عَلَى مَنْفَعَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، وفِعْلُ مَا يَدْعُو إِلَيْه[3] وتَزْيِين مِحْرَابِهِ وتَسْرِيجِهِ لِمُجَرَّد القِرَاءَةِ ونَسْخ كُتُب الهِدَايَةِ وَلَوْ لِلنَّاسِخِ[4] لاَ لِمُبَاحٍ أَوْ خَالِياً ، ومَنْ نَجَّسَهُ فَعَلَيْه أَرْشُ النَّقْصِ وأُجْرَة الغَسْلِ ، ولاَ يَتَوَلاَّه إلاَّ بِوِلاَيَةٍ فَإِنْ فَعَلَ لم يَسْقُطَا[5] .

قوله : « فصل ولكل اعادة المنهدم الخ » .

أقول : عقل كل عاقل يستحسن هذا فكيف بما يدل عليه قواعد الشرع الكلية المبنية على جلب المصالح ودفع المفاسد فإن ترك المنهدم على أنهدامه مفسدة ظاهرة على الواقف وعلى من يقصد ذلك المسجد من المسلمين ، وعمارته مصلحة واضحة لهم فإن وجد في أوقاف هذا المسجد ما يقوم بعمارته أو عمارة ما هو دونه فذلك متوجه على من إليه ولاية أوقافه ، وسيأتي للمصنف أنها تصرف غلة الوقف في إصلاحه ، وإذا لم يكن في أوقاف هذا المسجد ما يمكن عمارته فلا شك أن عمارته وإعادته إلى حالته أو دونها قربة ومثوبة ، وأقل أحول ذلك الندب لا كما تدل عليه عبارة المصنف من مجرد الجواز .

---

(١) هذه المسألة خلافية في المذهب . شرح الأزهار ٣/٤٨٤ .

(٢) يجوز للمتولي صرف ما قيل فيه هذا للمسجد أو لمنافعه أو لعمارته فيما يزيد في إحيائه كالتدريس يعني طعام المتدرسين فيه ... فيجوز الانفاق على من يقف فيه من عالم ومتعلم للذكر والدعاء وكسب العلوم الدينية ... وكذلك يجوز الصرف في الفحم والنفط والحصر والبئر وللخلاء على الأصح إذا كان نفعها أكثر من ضررها وغير ذلك مما نص عليه في الشرح . المصدر السابق .

(٣) يجوز للمتولي أن يفعل ما يدعو الناس إلى المسجد ويرغبهم فيه كالمنازل لأهل التدريس والمشاعل . المصدر السابق .

(٤) الناسخ : الذي ينسخ لنفسه لا لعامة المسلمين .

(٥) من نجس حصير المسجد وأراد أن يتولى غسله فإنه لا يجوز أن يتولاه إلا بولاية من المتولي فإن لم يأذن لم يغسله إلا أن يتراخى المتولي ... فإن غسل ما نجسه وفعل ذلك لا يولاية لم يسقط عنه أرش النقص وأجرة الغسيل لأنهما قد تعلقا بذمته .

المصدر السابق .

وأما قوله : « ونقضه للتوسيع مع الحاجة » فهذا وإن كان فيه مصلحة من جهة ففيه مفسدة من جهة أخرى هي كون الواقف أراد بالوقف أن يكون الثواب خاصاً به ، وقد صار الآن مشتركاً بينه وبين غيره لأنه قد صار مشتركاً معه في أوقافه ، وأيضا تزداد هذه المفسدة بأن يكون الذي أراد التوسيع ممن يظن عجزه عن التمام وماذا يفيد الواقف الأول مجرد ظنه لإمكان الإعادة .

وأما قوله : « وللمتولي كسب مستعمل بفاضل غلته » فهذا وجهه ظاهر ، لكن ينبغي أن يكون ذلك وقفا كأصله فإنه يصدق على هذا أنه من فروع الوقف ، وسيأتي للمصنف أن رقبة الوقف النافذ وفروعه ملك لله محبسة للانتفاع .

وأما قوله : « ولو بمؤنة منارة » الخ فما كان أغنى المصنف عن التعرض لهذه الصورة النادرة فإنه إنما يحسن ذكر ما يترتب على ذكره فائدة لا ما كان معلوما من الكلام مفهوماً منه أوضح انفهام .

قوله : « وصرف ما قيل فيه هذا للمسجد الخ » .

أقول : هذا صحيح إذا لم يفهم من قصد الوقف أنه أراد شيئاً معيناً ، ولهذا قال المصنف إلا ما قصره الواقف على منفعة معينة .

وأما قوله : « وفعل ما يدعو الناس إليه » فلا شك أن في ذلك مصلحة يعود على الواقف بتكثير ثوابه لكن بشرط أن لا يكون ذلك مما لا يجوز لا كما قال المصنف وتزيين محرابه ، فإن هذا التزيين هو من المباهاة التي وردت في حديث أنس عند أحمد[1] وأبي داود والنسائي وابن ماجه مرفوعاً « لَا تَقُومُ السَّاعَةُ حَتَّى يَتَبَاهَى النَّاسُ فِي المَسَاجِدِ » ولفظ النسائي[2] من هذا حديث « مِنْ أَشْرَاطِ السَّاعَةِ أَنْ يَتَبَاهَى النَّاسُ فِي المَسْجِدِ » وهو أيضاً من الزخرفة

---

(١) الحديث صححه أيضاً ابن خزيمة ...
مختصر وشرح وتهذيب السنن لأبي داود ١/٢٥٦ . بلوغ المرام بشرح سبل السلام ١/١٥٤ .
(٢) سنن النسائي ٢/٤٦ .

التي ورد فيها أنها من صنيع اليهود والنصارى وأخرج أبو داود[1] عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « مَا أُمِرْتُ بِتَشْيِيدِ المَسَاجِدِ » قال ابن عباس « لَتُزَخْرِفُنَّهَا كما زَخْرَفَتْ الْيَهُودُ والنَّصَارَى » ومما يدل على كراهة تزيين قبلة المسجد على الخصوص بشيء يلهي المصلي ما أخرجه أحمد وأبو داود[2] من حديث عثمان بن طلحة : « أَنَّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم دَعَاهُ بَعْدَ دُخُولِهِ الْكَعْبَةَ فَقَالَ : إنِّي كُنْتُ رَأَيْتُ قَرْنَيَ الْكَبْشِ حِينَ دَخَلْتُ فَنَسِيتُ أَنْ آمُرَكَ أَنْ تُخَمِّرَهُمَا فخمِّرْهُمَا ، فَإِنَّهُ لاَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي قِبْلَةِ الْبَيْتِ شَيْءٌ يُلْهِي المُصَلِّيِّ » .

وأما قوله : « وتسريجه » فقد أفاده ما تقدم من قوله ما يزيد في حياته كالتدريس فإن التسريج يزيد في حياته بجلب الناس إليه للقطع بأن الناس إلى مسجد فيه سراج أرغب منهم إلى مسجد مظلم وقد أَذِنَ صلى الله عليه وآله وسلم بِبَعْثِ زَيْتٍ لِتَسْرِيج مسجد بيت[3] المقدس كما في سنن أبي داود .

قوله : « ومن نجسه فعليه أرش النقص وأجرة الغسل » .

أقول : هذا صحيح لأنه متعد لتنجيس وإن كان الأمر أوسع من هذا لحديث الأعرابي[4] الذي دخل المسجد فبال فيه فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم « صُبُّوا عَلَيْهِ ذَنُوباً مِنْ مَاءٍ » وهو في صحيح ولم يقل قم يا اعرابي فاغسل بولك ، وأما كونه لا يتولى ذلك إلا بولاية فهذا تشدد في غير موضعه والأمر أيسر من ذلك وقد زاد المصنف في التشديد فقال فإن فعل لم يسقط فإن هذا المنجس للمسجد قد فعل ما عليه وأصلح ما أفسد فكيف لا يسقط عنه أرش النقص وأجرة الغسل .

---

(١) الحديث صححه ابن حبان . مختصر وشرح وتهذيب السنن ١/٢٥٥ . بلوغ المرام بشرح سبل السلام ١/١٥٥ .

(٢) مختصر السنن ٢/٤٤١ .

(٣) عن ميمونة مولاة النبي صلى الله عليه وآله وسلم : « أنها قالت يا رسول الله أفتني بيت المقدس ؟ فقال : ائتوه فصلوا فيه ... وكانت البلاد إذ ذاك حربا فإن لم تأتوه وتصلوا فيه فابعثوا بزيت يسرج في قناديله . أخرجه ابن ماجه . مختصر وشرح وتهذيب السنن ١/٢٥٨ .

يراجع الحديث ص ٤٧ جـ ١ .

فصل

وَوِلاَيَةُ الوَقْفِ إِلى الوَاقِفِ ، ثُمَّ مَنْصوبِهِ[1] وَصِيّاً أَوْ وَالِياً ، ثُمَّ المَوْقُوفُ عَلَيْه مُعَيَّناً ، ثُمّ الإِمَام والحَاكِمِ وَلاَ يَعْتَرِضَا[2] مَنْ مَرّ إِلَّا لِخِيَانَةٍ أَوْ بإِعَانَةٍ ، وتُعْتَبر العَدَالةُ عَلَى الأَصَحْ ، ومَنْ اعْتُبِرَتْ فِيه فَفَسق عَادَتْ ولاَيَتُه الأَصْلِيّة بِمُجَرّد التَّوْبَةِ ، كالإِمَام[3] ، والمُسْتَفَادَةُ كَالْحَاكِمِ بِهَا مَعَ تَجْدِيدِ التَّوْلِيَةِ والاخْتِيَار (م) إلاّ الوَصِيّ قَبْل الحُكْم بِالْعَدْلِ ، فكالإِمام ، وتَبْطُل تَوْلِيَةُ أَصْلِها[4] بِمَوْتِهِ مَا تَدَا رَجَتْ وإِنْ بَقِي الوَسَائِطُ لا العَكْس ومَنْ صَلَحَ لِشَيْءٍ وَلاَ إِمَامَ فَعَلَهُ بِلَا نَصْبٍ عَلَى الأَصَحّ[5] .

قوله : « فصل وولاية الوقف إلى الواقف الخ » .

أقول : وجه هذا أنه لما قصد بذلك الوقف أن يكون صدقة جارية له ، وثمرة يستفيد ثوابها حيا وميتا كانت هذه العلاقة التي هي الثمرة المستفادة من الوقف مقتضية لأن يكون للواقف ومن يلي من جهته مَدْخلا فيما فيه جلب مصلحة للوقف ودفع مفسدة عنه ، ولا ينافي ذلك كون الرقبة قد صارت لِلّه محبسة للانتفاع بها كما قررناه فيما سبق ، لأن هذه العلاقة التي للواقف ومن يلي من جهته هي مقدمة على من له ولاية عامة من إمام أو حاكم وأما ولاية الموقوف عليه فلكونه المستحق لمنافع الوقف فجلب مصالحه ودفع مفاسده هو أخص الناس به فلا يبعد أن يقال إن هذه العلاقة للموقوف عليه مقدمة على العلاقة التي للواقف فإن الثواب الصائر إلى الواقف هو أثر من أثار هذه الفوائد الصائرة إلى الموقوف عليه ، وإذا لم يوجد واقف ولا موقوف عليه أو وجدا وهما لا يصلحان لذلك فالنظر إلى الإمام والحاكم ، وإذا لم يعمل الواقف أو الموقوف عليه على ما تقتضيه المصلحة ويوجبه

---

(١) منصوبه : من ينصبه وليا على الوقف .

(٢) لا يعترض الإمام والحاكم على ولاية من مر إلا لخيانة أو إقامة من يعينه على أمر الوقف . شرح الأزهار ٣/٤٨٩ .

(٣) الإمام إذا فسق ثم تاب عاد إلى الولاية دون تجديد عقد في المذهب . المصدر السابق .

(٤) تبطل تولية أصلها الامام بموت الإمام وان كانت قد تفرعت من الولاية الأصلية بأن تفرع من الولي من تولى بعده وكانت أصل الولاية من الإمام . المصدر السابق .

(٥) يجوز لمن صلح لشيء ولا أمام في الزمان أن يفعله بدون تنصيب . المصدر السابق .

العدل فلهما أن يرداهما إلى الصواب ، ويبطلا ما وقع من تصرفاتهما مخالفا لطريقة الحق .

قوله : « وتعتبر العدالة على الأصح » .

أقول : هذه الولاية على الوقف لا بد فيمن هي إليه من أن يكون ساعيا في جلب مصالحه ودفع المفاسد عنه ، ومن أعظم المفاسد أن يكون خائنا غير أمين ، ومعلوم أن من لم يتنزه عن محظورات الدين ، ويتساهل عن القيام بفرائضه لا يؤمن في الأموال ، فاعتبار العدالة فيمن أُنيطت به هذه الولاية أمر لا بد منه وحق على الإمام والحاكم أن ينتزعا يد من لم يكن كذلك ، فإنه وإن سعى في مصالح الوقف أبلغَ سَعْي فإنه مظنة للخيانة لأن الأمور الدينية متساوية الأقدام ، ومن خان[1] الله في بعضهما لا يؤمن في البعض الآخر.

قوله : « ومن اعتبرت فيه ففسق الخ » .

أقول : هذا كلام يشمل جميع الولايات مع الفرق بين الولاية الأصلية والمستفادة ، ولا يخفاك أن حدوث أمر في العدل يوجب سلب العدالة عنه وإن لم يكن فسقا هو مانعٌ من القبول المشروط بالعدالة ومن بقاء الولاية المشروطة بها فلا بد من تحقق عدمه على وجه يحصل به انثلاج القلوب واطمئنان الخواطر بأن مَلَكة العدالة قد عادت لذلك الشخص كما كانت قبل حدوث هذا المانع ، فإذا حصل هذا صار عدلا يجوز له أن يباشر ما كان يباشره قبل حدوث ذلك المانع ولا يحتاج إلى تجديد تولية ، لأن انعزاله وبطلان ولايته مشروطان باستمرار ذلك المانع وقد ذهب ولم يستمر ، وليس لمن إليه الولاية المستفادة منه أن يأبى من قبوله ويصمم على نزع يده إلا إذا لم ينشرح صدره بعدالته المتجددة لأمر ينبغي التوقف عنده لا لمجرد الشك والوسوسة .

قوله : « وتبطل توليه أصلها الإمام بموته الخ » .

أقول : هذه الولاية من الإمام الواقعة لشخص من الأشخاص في أمر من الأمور إن

---

(١) في الأصل المخطوط « ومن خاف » .

كانت مقيدة بمدة حياته كان وجه بطلانها هو انقضاء الوقت الذي هي مقيدة به وأما إذا كانت مطلقة غير مقيدة فلا وجه لبطلانها بموت الإمام لأنها ولاية واقعة من أهلها مصادفة لمحلها ، ولا دليل بيد من قال ببطلانها لا من رواية ولا من دراية والأصل عدم حدوث المانع كما أن الأصل عدم ارتفاع المقتضى ، ولو كان مجرد موت الإمام مؤثرا لبطلان ولاية من تولى من جهته لكان موت من عقد الإمامة للإمام من رؤس المسلمين مؤثرا لبطلان ولاية الإمام وارتفاع إمامته ، واللازم باطل بإجماع المسلمين سابقهم ولاحقهم فالملزوم مثله .

قوله : « ولمن صلح لشيء ولا إمام فعله الخ » .

أقول : جاء المصنف رحمه الله بهذه الكلية لما قدمه من الكلام في عموم الولايات ، وإن كان محل الجميع كتاب السير ، وينبغي أن تعلم أن نصيب الأئمة الثابت في هذه الشريعة ثبوتا لا ينكره من يعرفها من أقواله صلى الله عليه وآله وسلم ثم وقوعه بالفعل بعد موته صلى الله عليه وآله وسلم من الصحابة ، فمن بعدهم ليس فيه ما يَنْفِي وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على أفراد المسلمين ، وإن كان الأئمة هم المقدّمون في ذلك والأحقون به ، لكن إذا فعلوا كان ذلك مسقطاً لهذا الفرض المعلوم بالأدلة القطعية من الكتاب والسنة والمجمع عليه من جميع الأمة ، وإن لم يفعلوا أو لم يطلعوا على ذلك فالخطاب باق على أفراد المسلمين لا سيما على العلماء فإن الله سبحانه قد أخذ عليهم البيان للناس فقال[1] ﴿ وَإِذْ أَخَذَ اللهُ مِيثَاقَ الَّذِينَ أُوتُوا الكِتَابَ لَتُبَيِّنُنَّهُ لِلنَّاسِ وَلاَ تَكْتُمُونَهُ ﴾ وقال في الآية التي بعدها[2] ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنْزَلْنَا من الْبَيِّنَاتِ وَالْهُدَى مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّاهُ لِلنَّاسِ فِي الكِتَابِ أُولٰئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللهُ وَيَلْعَنُهُمُ اللاَّعِنُونَ ﴾ فإذا كان البيان لا يتم إلا بإيقاع حكم الله بالحكم مع التمكن من ذلك فما لا يتم الواجب إلا به واجب كوجوبه .

والحاصل أن الغرض المقصود للشارع من نصيب الأئمة هو أمران أولهما وأهمهما إقامة منار الدين ، وتثبيت العباد على صراطه المستقيم ، ودفعهم عن مخالفته والوقوع في مناهيه

---

(١) الآية الكريمة ١٨٧ من سورة آل عمران .

(٢) الآية الكريمة ١٥٩ من سورة البقرة .

طوعا وكرها ، وثانيهما تدبير المسلمين في جلب مصالحهم ، ودفع المفاسد عنهم وقسمة أموال الله فيهم وأخذها ممن هي عليه وردها فيمن هي له ، وتجنيد الجنود وإعداد العدة لدفع من أراد أن يسعى في الأرض فسادا من بغاة المسلمين ، وأهل الجسارة منهم من التسلط على ضعفاء الرعية ونهب أموالهم وهتك حرمتهم وقطع سبلهم ، ثم القيام في وجه عدوهم من الطوائف الكفرية إن قصدوا ديار الإسلام وغزوهم إلى ديار الكفر إن أطاق المسلمون ذلك ووجدوا من العدد والعدة ما يقوم به ، فهذا هو موضوع الإمام الذي ورد الشرع بنصبه ، وعلى المسلمين إخلاص الطاعة له في غير معصية الله ، وأمتثال أوامره ونواهيه في المعروف غير المنكر ، وعدم منازعته وتحريم نزع أيديهم من طاعته ، إلا أن يروا كفرا بَوَاحا ، كما وردت بذلك الأدلة المتواترة التي لا يشك في تواترها إلا من لا يعرف السنة المطهرة ، وإذا كان الأمر هكذا فليس ها هنا ما يسقط وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والقيام ببيان حجج الله والإرشاد إلى فرائضه والزجر عن مناهيه ولا يصلح وجود الإمام مسقطا لذلك ، لكنه إذا قام بشيء منه وجب على المسلمين معاضدته ومناصرته وإن لم يقم به فالخطابات المقتضية لوجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على المسلمين على العموم باقية في أعناقهم معدودة في أهم تكليفاتهم لا خلوص لهم عنها إلا بالقيام بها على الوجه الذي أمر الله به وشرعه لعباده ، وهكذا العلماء فإنهم بعد دخولهم في هذا التكليف دخولا أوليا مخاطبون بتكليف البيان على الوجه الذي ذكرناه ، وإذا تقرر لك مجموع ما ذكرناه عرفت الصواب ولم يبق بينك وبين دركه حجاب .

فصل

وَلِلمُتَوَلِّي البَيعُ والشِّرَاءُ لِمَصْلَحَةٍ ، والبيِّنَةُ عَلَيه إن نُوزِعَ فِيهَا ، ومُعَامَلةُ نَفْسِه بِلاَ عَقْدٍ والصَّرفُ فِيهَا ، وفي وَاحدٍ أَوْ أَكْثَر(١) ودَفْعُ الأرض ونَحْوِها إلى المُسْتحق للاسْتِغْلاَل

(١) يجوز للمتولي الصرف فيها أي في نفسه إذا كان مستحقا كما يجوز له التصرف في واحد من المستحقين أو أكثر . شرح الأزهار ٣/٤٩٤ .

إلا عَنْ حق فَيُؤَجِّرها مِنْه ، ثم يَقْبِض الأجرة ويرُدّ بِنِيَّتِهِ[1] قيل أَوْ يُبْرِيَه كالإمام يَقِفُ ويُبْرِيءُ مِنْ بَيْتِ المَالِ ، وتأْجِيرُهُ دونَ ثَلاَثِ سِنِينَ ، والعَمَلُ بالظَّنِّ فيمَا التَبسَ مَصْرِفُه ، ولا يَبِيعُ بِثَمَن المِثْلِ مع وُقُوع الطَّلب بالزِّيَادَةِ وَلاَ يتبرّع بالبَذْر حَيْثُ الغَلَّة عَنْ حق ولا يَضْمن إلاّ مَا قَبَض إنْ فَرَّط أو كان أَجِيراً مُشْتَرِكاً ، وتصرف غلة الوقف في إِصْلاَحِه ، ثم في مَصْرِفِه ، وكذلك الوقفُ عَلَيْه ، ثم في مُصْرف الأَول ، ومن استعمله لا بإذن وَالِيهِ فَغَاصِبٌ غالباً ، وعليه الأُجرةُ وإليه صَرْفها إلاَّ ما عَنْ حَقّ فإلى المَنْصُوب .

قوله : « فصل : وللمتولي البيع والشراء لمصلحة » .

أقول : بل عليه ذلك مع تيقن المصلحة ولا يجوز له الإخلال به ، وإذا كان عدلا مرضيا فقد نفذ تصرفه ولا يقبل منازعته وقد تقدم أن القول له في مصلحة وبيع سريع الفساد إلى آخر كلام المصنف ، وقد ذكرنا هنالك ما ينبغي الرجوع إلية من هنا ، ولا مانع له من معاملة نفسه ولا من الصرف إليها لأن عدالته تقتضي أنه لا يفعل ذلك إلا لوجه مطابق ، وكذا له الصرف في واحد أو أكثر على حسب ما تقتضيه المصلحة ، وهكذا دفع الأرض إلى المستحق إلى آخر كلام المصنف ، فإن هذا كله تقتضيه الولاية التي قام بها العدل المستحق لما وليه وهكذا الإبراء منه عن الحق الواجب فإن له ذلك .

وأما قوله : « كالإمام يقف ويبريء من بيت المال » فلا يخفاك أن بيت المال هو بيت مال المسلمين وهم المستحقون له وليس له إلا تفريق ذلك بينهم ، ويأخذ لنفسه ما يستحقه من الأجرة فليس له أن يفعل فيه ما يحول بينه وبين المستحقين إلا أن يكون في ذلك مصلحة راجحة عائدة عليهم في الوقف والإبراء فهو الناظر في مصالح المسلمين .

قوله : « وتأجيره دون ثلاث سنين » .

أقول : لا وجه لهذا التقدير بل إذا كانت المصلحة في استمرار التأجير وتطويل مدته

---

[1] يرد ما قبض بنيته أي ذلك الحق .

كان ذلك هو الذي ينبغي فعله وإن اقتضى الحال تقليل مدة الإجارة لمصلحة عائدة على الوقف كان له ذلك ، وأما تعليل التقرير بهذه المدة بأنه يخشى على الوقف أن يدعي المستأجر له أنه ملكه ، فما أبعد هذا التجويز فإن الأوقاف تشتهر وتظهر حيث لا تلبيس بالأملاك بعد المدة الطويلة ، فإن كان هذا التجويز مما يحصل مثله لمن إليه الولاية فعل ما تقتضيه المصلحة ، وأما العمل بالظن فيما التبس مصرفه فذلك جائز للمتولي إذا لم يبق إلى اليقين سبيل ، وهكذا لا يبيع بثمن المثل مع وقوع الطلب بالزيادة ، لأن في الزيادة جلب مصلحة للوقف ما لم يعارضها مفسدة مقدمة عليها ، وهكذا ليس له أن يتبرع بالبذر حيث الغلة عن حق ، ولا وجه لتخصيص هذه الصورة بالتنصيص عليها جوازاً أو منعا ، بل عليه أن يفعل ما فيه مصلحة خالصة غير معارضة بما هو أرجح منها كائنا ما كان يترك ما لا مصلحة فيه كائنا ما كان ، وأما كونه لا يضمن إلا بالتفريط فظاهر ، وهكذا يضمن ما جنى عليه ، ولا وجه لقوله أو كان أجيراً مشتركاً وقد قدمنا الكلام على الأجير المشترك فليرجع إليه .

وأما قوله : « ويصرف غلة الوقف في إصلاحه » فوجه ذلك ظاهر ، لأن الرقبة مقدمة على كل شيء إذ بصلاحها تدوم الفائدة العائدة على المصرف ، والواقف ، ثم ما فاض عن ذلك صُرف في مصرفه الذي عينه الواقف وحكم الوقف على الوقف حكم الوقف .

وأما قوله : « ومن استعمله لا بإذن واليه فغاصب » فوجه ذلك أنه أقدم إلى استعمال ما لم يأذن له الشرع باستعماله فهو كما لو أقدم على استعمال ملك الغير ، وما لزمه بالغصب كان إلى والى الوقف يصرفه فيما فيه مصلحة وليس إلى هذا الغاصب صرف ولا غيره .

فصل

وَرَقَبَةُ الوقْفِ النَّافِذِ[1] وفُرُوعُه ملْكٌ لِلَّهِ حَبْسه لِلانْتِفاع فَلاَ يُنْقض إلا بحُكم ، ولا تُوطَأُ الأَمَةُ إلا بإنكاح ، وعلى بائِعه استِرْجَاعُه كالغَصْب فإنْ تَلِف أو تَعَذَّر فَعِوَضُه لِمصْرِفه ، وإنْ لم يَقِفْهُ[2] وما بَطَل نَفْعُه في المقْصودِ بِيعَ لإِعَاضَتِهِ ، ولِلْوَاقِف نَقْلُ المَصْرِف فِيمَا هُوَ عَنْ حَقّ ، وفي غَيْرِه ونَقْلُ مَصْلَحةٍ إلى أَصْلحَ مِنْها خِلاَفٌ[3] ويستقرُّ للعبد ما وُقِف عَلَيْه بعِتْقِهِ وقَبْلَهُ[4] لِسَيِّدِه ، ومَنْ وقَفَ بَعْد مَوْتِه فلَه الرُّجوعُ ، ويَنْفُذُ في الصِّحْةِ مِنْ رَأْسِ المَالِ ، وفي المَرَضِ والوَصِيَّة على الوَرَثةِ كالتَّوْرِيث وإلاّ فالثّلث فَقَطْ ، ويبقَى الثّلثان لهم وَقْفاً إن لَمْ يُجِيزُوا[5] (م) وَيصِحّ فِرَاراً مِنَ الدَّين ونَحْوه .

قوله : « فصل : ورقبة الوقف النافذ وفروعه الخ » .

أقول : قد قدمنا تقرير هذا ، والاستدلال عليه عند قوله ويعود إلى الواقف أو وارثه فلا نعيده ها هنا .

وأما قوله : « فلا ينقص إلا بحكم حاكم » فوجهه أن الحاكم العارف بمواقع الصلاح ومواطن الفساد والموازن بين الأمور المتعارضة بما تقتضيه الأدلة وتوجبه قواعد الشريعة لا يحكم إلا بما هو مطابق للحق موافق للصواب فحكمه حجة وعليه أيضاً الوجه وبيان المستند حتى يرجع إلى حكمه كل واقف عليه .

وأما قوله : « ولا تُوطأ الأمة إلا بإنكاح » فوجهه أن مجرد وقفها لا يحلل وطأها ، وهذا معلوم في الشريعة المطهرة لأن الوقف تحبيس لا تمليك ورقيمته ملك لله ، وأما كون على بائع الوقف استرجاعه فظاهر لأنه باع ما لم يأذن له الشرع ببيعه بل ما حرم عليه

---

(١) النافذ غير الموقوف على شرط ولا وقت مستقبل ولا خارجاً مخرج الوصية . شرح الأزهار ٣/٥٠١ .

(٢) تبرأ ذمة متلف الوقف وبائعه بتسليم العوض إلى الموقوف عليه وان لم يقفه . المصدر السابق .

(٣) خلاف بين أئمة المذهب .

(٤) قبله : قبل العتق .

(٥) يبقى الثلثان للورثة وقفاً على ما يقتضيه الميراث ان لم يجيزوا . المصدر السابق .

بيعه ومنعه منه ، فعليه استرجاعه إن كان قد ثبتت عليه يد المشتري ، وليس ها هنا ما يطلق عليه اسم البيع ، ولا ما يصدق عليه حكمه فلهذا كان في يد من هو في يده كالغصب .

وأما قوله : « فإن تلف أو تعذر فعوضه لمصرفه وإن لم يقفه ، فوجهه ظاهر لأن هذا العوض يصير كما كان عليه المعوض في كونه وقفا على المصرف المعين من الوقف وليس بغيره فيه حق .

قوله : « وما بطل نفعه في المقصود بيع لإعاضته » .

أقول : إذا بطل نفع الوقف لم يبق فيه فائدة للواقف بالثواب الذي هو صائر إليه ولا للمصرف بالانتفاع به ، فإن ترك كذلك باطلَ النفع ذاهبَ الفائدة كان ذلك من أعظم التفريط من المتولي ، فواجب عليه أن يستدرك الأمر ببيعه بحسب الإمكان ويشتري بثمنه عوضا يكون وقفا كما كان ، وإن قل وتحقرت فائدته فإن الإعمال وإن قل خير من الإهمال ، وهذا وجه ظاهر لا يحتاج إلى الاستدلال عليه .

وأما قوله : « وللواقف نقل المصرف فيما هو عن حق » فوجهه أن أمر ذلك إليه كما يتقضيه جعله عن حق وله أن يصرف ما عليه من الحق إلى من اختاره من المصارف أو إلى هذا تارة وإلى هذا أخرى ، وأما فيما كان عن غير حق فقد صار للمصرف المعين بحكم الوقف عليه فلا ينقل إلا لسبب يقتضي ذلك .

قوله : « ونقل مصلحة إلى أصلح منها خلاف » .

أقول : قد تقرر أن الوقف ملك لله محبس للانتفاع به ، وما كان هكذا فلا ينظر فيه إلى جانب الواقف إلا من جهة العناية بمصير ثواب وقفه إليه على أكمل الوجوه . وأتمها مهما كان ذلك ممكنا ، ومعلوم أن الاستبدال بالشيء إلى ما هو أصلح منه باعتبار الغرض المقصود من الوقف والفائدة المطلوبة من شرعيته حسن سائغ شرعا وعقلا ، لأنه جلب مصلحة خالصة عن المعارض ، وقد عرفناك غير مرة أن من عَرف هذه الشريعة كما ينبغي وجدها

مبنيّة على جلب المصالح ودَفْع المفاسد وها هنا قد وجد المقتضى وهو جلب المصلحة بظهور الأرجحية وانتفاء المانع وهو وجود المفسدة فلم يبق شك ولا ريب في حسن الاستبدال .

واما قوله : « ويستقر للعبد ما وقف عليه بعتقه » فوجهه أن العبد لا يملك وهذا على قول من قال بذلك وأما من قال إنه يملك فيستقر عليه من عند وقوعه .

قوله : « ومن وقف بعد موته فله قبله الرجوع » .

أقول : هذه الإضافة إلى بعد الموت لا تسوغ الرجوع لأن الوقف تصرف من الإنسان في ماله لقصد التقرب إلى الله به ، وإخراج لرقبته عن ملكه ، وتصييرها ملكا لله عز وجل ، وتحبيس للأصل ، وتسبيل للرقبة فمجرد الإضافة إلى بعد المـوت لا تكون مسوغة للرجوع لأن الإيقاع بطيبة من النفس ورضا من القلب قد وقع فلا بد لمن قال بأن مجرد الإضافة « إلى بعد الموت » مسوغة للرجوع من دليل يدل على جواز إبطال هذا التصرف وإرجاعه إلى ما كان عليه من كونه ملكا لمن قد تصرف به ، والقول بأن ذلك وصية دعوى مجردة بل هذا وقف وقع من أهله مصادفاً لمحله ، وغاية ما توجبه الوصية على تسليم ما ذكروه في شأنها من أن ما كان مضافا منها إلى « بعد الموت » ينفذ من الثلث أن يكون هذا الوقف نافذاً من الثلث ، وأما جعل الرجوع فيه جائزا على الإطلاق فلا هو موافق للدليل ، ولا لما بنوا عليه كثيرا من هذه التفريعات من القواعد التي نزلوها منزلة الأدلة خَبْطا وجزافا ، ومن هذا الخبط قوله وينفذ في الصحة من رأس المال الخ ، وسيأتي الكلام على هذه القاعدة في الوصايا إن شاء الله تعالى .

قوله : « ويصح فراراً من الدين ونحوه » .

أقول : قد عرفناك فيما سبق أن الركن الأعظم والسبب الأكبر في صحة وقف الواقفين هو قصد القربة الصحيحة الخالصة عن الشوائب ، وما لا يوجد فيه ذلك فليس بوقف بل هو من التلاعب بأحكام الله ، ومن خلط الأحكام الشرعية بالأحكام الطاغوتية ، وكيف يصح وقف هذا الذي فر من الواجبات التي أوجبها الله عليه إلى ما لم يوجبه عليه ولا طلبه

منه ، بل ولا أذن له به ، فإنه إنما أذن لعباده بالوقف الذي يكون سبباً إلى التقرب إليه وطلب ما عنده من الخير وأين هذا من ذاك ، والحاصل أن القائل بجواز هذا الوقف مع تصريحه بأن الحامل عليه هو الفرار من قضاء الدين الذي هو على العبد من أهم الواجبات وأضيقها قد غلط أقبح الغلط وجوز ما تحرّمه الشريعة تحريما لا شك فيه ولا شبهة .

كتاب الوديعة

فصل

إنَّما تَصِحُّ بَيْن جَائِزَى التَّصَرّف بالتَّرَاضِي ، وهي أَمَانَةٌ فلاَ تُضْمن إلاَّ لِتَعَدٍّ كاسْتِعْمَالٍ ونَحْوِ إعارةٍ ، وتحَفّظٍ فِيمَا لاَ يُحْفَظُ مِثْلُهَا في مِثلِهِ ، أَوْ مَعهُ ، وإيداع وسفر فَلاَ عُذر موجب فيهما ونَقْل لِخيَانَةٍ وتَرْك التَّعَهُّد والبَيْع لما يَفْسد والردّ بعد الطَّلب وبجَحْدِها والدّلالة عَلَيْها ، ومتَى زَال التَّعَدِّي في الحِفْظ صَارتْ أَمانَةً ، وإذا غاب مالكها بقِيتْ حتى اليَأْس[1] ثم للوارث ، ثم لِلفُقراء وإن عَيّن لِلتَّصَدّق بِهَا وَقْتاً جَـازَ مَا لَمْ يُتيَقَّنْ مَوْتُه وما أَغْفَله الميّتُ حُكِم بِتَلَفِه ، وما أُجْمَله فَدَيْن ، وما عَيَّنه رُدّ فَوْراً وإلاّ ضَمن كَمَا يُلقيه طائرٌ أو ريحٌ في مِلْك ، وإذَا التَبَسَ مَنْ هي لَهُ لِمَن بَيَّنَ ثم لِمَنْ حَلَف ثم نِصفَان ، ويُعْطَى الطَّالبُ حِصّته مِمَّا قِسْمَتُه إفْرَازٌ وإلا فبِالْحَاكِمِ ، والقولُ لِلْوَدِيع في رَدِّها وعَيْنِهَا وتَلَفِها ، وأَنّ التَّالفَ وديعةٌ لا قَرْض مَطْلَقاً ، ولا غصب إلا بَعْد. أَخَذْتُه وللمالك[2] في ذلك إن جُحِدَتْ فبينٌ إلاالعين وفي نَفْي الغَلط والإِذْن بإعطاء الأَجنبي .

قوله : « فصل : إنما تصح بين جائزي التصرف بالتراضي » .

أقول : مراده أنه لا تكون وديعة تثبت لها الأحكام التي سيذكرها إلا إذا كانت بين جائزي التصرف بالتراضي ، لأنه لو كان أحدهما غير جائز التصرف أو كلاهما كذلك لم يوجد حكم الوديعة ، لأنه إذا كان أحدهما صبياً أو مجنونا فإن كان الوديع كان المودع له واضعا ماله في مضيعة ، وإن كان المودع كان على الوديع ان يرد ما قبضه منه إلى وليه وإن كانا جميعا صبيين أو مجنونين كان الواجب على أوليائهما استدراك المال من أيديهما

---

(١) إذا غاب مالكها بقيت حتى اليأس من صاحبها ثم إذا أيس صارت للوارث إن كان له وارث . شرح الأزهار ٣/٥١٤ .

(٢) لا يقبل قول المالك أن ذلك الشيء الذي تلف في يد الغير غصب عليه إذا قال للذي تلف في يده بل كان وديعة إلا أن يدعي المالك أنه غصب بعد قول الوديع أخذته وديعة ولم يقل تركته معي وديعة ... فإن القول قول المالك . المصدر السابق .

وحفظه ، وأما اشتراط أن يكون بالمراضاة فمعلوم أنهما لا تكون وديعة إلا بذلك وإلا كانت غصبا .

قوله : « وهي أمانة الخ » .

أقول : الأصل الشرعي هو عدم الضمان لأن مال الوديع معصوم بعصمة الإسلام فلا يلزم منه شيء إلا بأمر الشرع ولا يحتاج مع هذا الأصل إلى الاستدلال على عدم الضمان بما لم يثبت كما روى الدارقطني[1] من حديث عَمْرِو بن شُعَيب عن أبيه عن جده : أنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « لاَ ضَمَانَ عَلَى مُؤْتَمَنٍ » وما رواه ايضا من طريق أخرى[2] عنه « لَيْسَ عَلَى المُسْتَعِيرِ غَيْرِ المُغِلّ ضَمَانٌ ، وَلاَ عَلَى المُسْتَوْدَعِ غَيْرِ المُغِلّ ضَمَانٌ » فان في أسانيدهما من لا تقوم به الحجة وغاية ما يجب على الوديع هو التأدية لحديث[3] « عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّى تُؤَدِّيَهُ » وحديث[4] « أَدِّ الأَمَانَةَ إِلىَ مَن أَئْتَمَنَكَ » وقد قدمنا تخريجهما ، أما إذا جنى الوديع على الوديعة فهو ضامن ضمان الجناية كما لو جنى على مال الغير ، وهكذا لو استعملها فتلفت بذلك فإنه أيضا جناية ، وهكذا لو أعارها أو أجرها أو فرط في حفظها بأن يتركها في أرض مَسْبعة أو نحو ذلك ، فإن هذا أيضا نوع ن الجناية ، وقد قدمنا ما ينبغي الرجوع إليه مما له مزيد فائدة هنا ، ومن التفريط أن يردها مع من لا يحفظ مثلَها مثلُه ، أو يودعها بغير إذن مالكها أو يسافر بها بلا عذر ، أو يترك تعهدها مع كونه يظن فسادها بترك التعهد لها ، لكن الظاهر أن هذا التعهد لا يجب عليه إلا إذا أخذ مالكها عليه ذلك ، وهكذا لا يجب بيع ما يخشى فساده إلا إذا اشترط عليه مالكها ،

---

(١) في إسناد الحديث ضعيف كما نقل الشوكاني عن الحافظ بن حجر . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٣٣٣ .

(٢) علق عليه الحافظ بن حجر بأن في إسناده ضعيفين . بلوغ المرام بشرح سبل السلام ٣/١٠٦ . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٣٣٣ .

(٣) الحديث عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ... رواه الخمسة إلا النسائي . وصححه الحاكم وقال : هو على شرط البخاري . واعترض ابن القيم عليه في هذا .

وزاد أبو داود والترمذي قال قتادة : « ثم نسي الحسن فقال : هو أمينك لا ضمان عليه يعني العارية » .

وفي سماع الحسن من سمرة الخلاف المشهور وهو محل النقاش بين الحاكم وبين ابن القيم ... وقد أخرج الترمذي الحديث وحسنه وهذا يدل على أنه يصحح سماع الحسن من سمرة . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٥/٣٣٥ . مختصر وشرح وتهذيب السنن ٥/١٩٧ .

(٤) مر الحديث من قبل ص ١٩٦ .

وأما وقوع الخيانة منه فإنه ينقلب بذلك غاصبا ويخرج به عن كونه أمينا ، وهكذا إذا جحدها فإنه يصير بذلك غاصبا ، وهكذا إذا ترك ردها بعد الطلب لغير عذر فإنه يصير بذلك مفرطا تفريطا يكون به جانبا .

قوله : « ومتى زال التعدي في الحفظ صارت أمانة » .

أقول : إذا فعل الوديع فعلا يخرج به عن كونه أمينا لم يعد له حكم الأمانة إلا بإيداع جديد وذلك بأن يعلم المالك حصول ذلك منه ثم يرضى ببقائها لديه وديعة كما كانت ، وهكذا سائر ما تقدم من الأسباب المقتضية للضمان ، لأن عود حكم الأمانة بعد رفعها لا يحصل بمجرد السلامة من ذلك التعدي ولا بمجرد عزم الوديع على عدم التعدي لأن الملك ملك الغير ، فلا بد من رضائه واختياره وإلا فلا ، وهذا ظاهر لا يخفى ، وأما كونه إذا وقع اليأس من عود مالكها دفعها الوديع إلى الوارث فهذا هو الواجب عليه لأن الوارث هو المستحق لتلك العين بعد حصول اليأس كما يستحقها بموت المالك ، وأماصرفها إلى الفقراء أو غيرهم فليس ذلك إليه ولاولاية له عليه بل أمر ذلك إلى الإمام والحاكم إذا لم يوجد من له ولاية في مال المالك أقدم من ولايتهما من وصاية أو نحوها ، وأما كونه إذا عين للتصدق بها وقتا جاز فهذا معلوم لأن له أن يفعل في ملكه ما شاء .

وأما قوله : « ما لم يتيقن موته » فمبني على أنها قد صارت بالموت ملكا للورثة ، ولكن هذه المقالة قد أفادت أنه قد أخرجه عن ملكه إخراجاً مؤقتاً بوقت وذلك صحيح كما قدمنا غير مرة ، فلم يبق للوارث فيه حق ، وأما على قول من قال إن المضاف إلى بعد الموت وصية تنفذ من الثلث فإن كان مثل هذا يتسع له ثلث ماله فلا حق للوارث ، وإن كان لا يتسع له كان له المطالبة بما زاد على الثلث .

قوله : « وما أغفله الميت حكم بتلفه » .

أقول : هذا الإغفال لا يقتضي هذا الإهمال حتى يقال إنه يحكم بتلفه بل غاية ما هنا أن يقال إن القول قول الوارث للوديع في ردها كما كان القول قول الوديع في ذلك ؛

وهكذا يكون القول قوله في تلفها ويرجع بعد ذلك إلى طلب البينة من المالك أو اليمين من الوارث .

وأما قوله : « وما أجمله فدين » فهذا مبني على عدم وجود الوديعة في تركته بمجرد هذا الإجمال ، وهذا غير مسلم بل يرجع فيما بين المالك والورثة إلى البينة أو اليمين ، وقد قدمنا في المضاربة نحوا من هذا ، وأما كون ما عينه يرد فورا فظاهر لكن ترتيب الضمان على عدم الرد فوراً غير مسلم ، بل لا يتضيق الرد على وارث الوديع إلا بطلب المالك فإن لم يرد بعد الطلب ضمن ، وأما ما يلقيه طائر أو ريح في ملك فليس على مَنْ أُلقياه في ملكه إلا إعلام المالك بذلك وليس عليه الرد لا على الفور ولا التراخي لا من رواية ولا من دراية .

وأما قوله : « وإذا التبس » من هي له فوجهه ظاهر وهكذا قوله ويعطى الطالب الطالب حصته الخ .

قوله : « والقول للوديع في ردها » .

أقول : وجه ذلك أنه أمين مقبول القول مع يمينه وإن كان الأصل عدم الرد لكن هذه اليد الأمينة تقتضي عدم ثبوت الضمانة المتسببة عن عدم قبول قوله ، وهكذا الكلام في التغيير والتلف وكون التالف هو الوديعة عملا لما تقتضيه اليد الأمينة ، ولا وجه لقوله إلا بعد أخذته وديعة ، لأن هذا القول إنما يدل على ثبوت الإيداع على كون اليد يد غصب أو نحوه .

وأما قوله : « وللمالك في ذلك إن جحد » الخ فوجهه أن اليد الأمينة قد ارتفعت بالجحد وصارت اليد يد غصب والقول مع الغصب في تلك الأمور للمالك .

وأما قوله : « وفي نفي الغلط » فوجهه الأصل عدم الغلط ، ولكن الأولى أن يكون القول قول الوديع لأن اليد الأمينة لم ترتفع بهذا الغلط ، وهكذا دعوى الإذن بإعطاء الأجنبي لأنه وإن كان الأصل عدم الإذن لكن حكم اليد الأمينة باق .

كتاب الغصب

هو الاسْتِيلاء على مالِ الغَيْر عُدْوَاناً وإنْ لَمْ يَنْوِ .

قوله : « هو الاستيلاء على مال الغير عدوانا وإن لم ينو» .

أقول : اليد العدوانية لا يمكن أن تكون عدوانية على الحقيقة إلا بالنية لأنها المدار الذي تدور عليه أحكام العدوان والخطأ ، فلا وجه لقوله وإن لم ينو ، ومعلوم أن إثبات اليد بغير إذن الشرع قد يكون بعد العلم بأنه بغير إذن الشرع وليس العدوان إلا ذلك ، وهذا العلم هو النية التي هي قصد الثبوت[1] على مال الغير بغير إذن الشرع ، وقد يكون قبل العلم بأنه بغير إذن الشرع ، وحينئذ فلا عدوان لفقدان النية التي تتأثر عنها الغصبية فإن قلت إذا صار ما هو مغصوب إلى يد من لا يعلم بغصبه بشراء أو نحوه ، ثم تبين له بعد ذلك أنه غصب ماذا يجب عليه قلت يجب عليه إرجاعه إلى مالكه فإن لم يفعل بعد العلم كان له حكم الغاصب لأنه حينئذ قد صار مستوليا على مال الغير عدوانا لارتفاع الشبهة التي كانت معه وحصول اليقين الماحي لها .

فصل

فَلا يُضْمن مِنْ غَيْر المَنْقول إلاَّ مَا تَلِفَ تَحْتَ يَدِه وإنْ أَثِمَ وسُمِّيَ غَاصِباً ، ومِن المنقولِ إلاَّ ما انْتقلَ بِفِعْلِهِ ، لا بِنَقْلِ ذِي اليَدِ نَقْلاً ظَاهِراً أَوْ في حُكْمِه بِغَيْرِ إذْنِ الشَّرْعِ (م) مَا ثَبتَتْ يدُه عَلَيْه كَذلِكَ ، وما نُقِلَ لإِبَاحَةِ عُرْفٍ أَوْ خَوْفٍ مِنْه أَوْ عَلَيْه أَوْ مِنْ نَحو طَرِيقٍ فَأَمَانَةٌ (غالبا) وَبِالتَّعَدِّي غَصْبٌ .

---

(١) يريد إثبات اليد المبطلة بدل اليد المحقة وهو من اصطلاحات بعض الفقهاء في تعريف الغصب .

قوله : « فصل : ولا يضمن من غير المنقول إلا ما تلف تحت يده الخ » .

أقول : الشارع قد سماه غاصبا في حديث[1] (مَنْ غَصَبَ شِبْراً مِنْ الأَرْضِ) وهو في الصحيحين وغيرهما من حديث جماعة ، وقد اعترف المصنف بأنه يسمى غاصبا ، وموجب هذا أن تثبت عليه أحكام الغصب فيضمن ما تلف بعد الغصب ، وإن لم يتلف تحت يده ولا وجه للفرق بين المنقول وغيره ، فالاستيلاء على الشيء عدوانا وإثبات اليد عليه بغير أمر الشرع موجب للضمان في الجميع وأما اشتراط النقل الذي ذكره المصنف فلم يرد به دليل ولا يتوقف عليه مفهوم الغصب لا شرعا ولا لغة .

وأما قوله : « وما نقل لإباحة عرف » الخ فهذا ليس من الغصب في شيء لأنها قد جرت عادة الناس بذلك وهكذا جرت عاداتهم بنقل ما هو ملك للغير لأجل الخوف منه أو عليه ، وذلك معدود من الإحسان عندهم وهكذا نقل ما اعترض في طريق المسلمين ، فإن الشرع والعرف قاضيان بجواز ذلك ، وليس لذكر مثل هذا في كتاب الغصب كثير فائدة ولكنه لما اشترط النقل بمجرد الرأي احتاج إلى إخراج هذه الصور من النقل ، وأما ما ذكره من التعثر فإن كان فاعله مأذونا له بالدخول من طريق الشرع أو من طريق العرف فليس بغصب ولا يلزمه ضمانة وإن لم يكن مأذونا فهو بمجرد دخوله ملك للغير غاصب فيضمن ما تلف بتعثره .

(١) من حديث عائشة المتفق عليه : « من ظلم شبرا من الأرض طوقه الله سبع أرضين » .

ومن حديث سعيد بن زيد المتفق عليه أيضاً « من أخذ شبراً من الأرض ظلماً فإنه يطوق يوم القيامة من سبع أرضين » وفي لفظ لأحمد « من سرق » ... وعنده وعند مسلم من حديث أبي هريرة : « من اقتطع شبراً ... الحديث » وعن ابن عمر عند البخاري وأحمد : « من أخذ من الأرض شيئاً بغير حق ..... الحديث » ... وفي الباب عن يعلى بن مرة عند ابن حبان في صحيحه وابن أبي شيبة في مسنده وأبي يعلى وعن المسور بن مخزمة عند العقيلي في تاريخ الضعفاء وعن شداد بن أوس عند الطبراني في الكبير وعن سعد بن أبي وقاص عند الترمذي وعن أبي مالك الأشعري عند ابن أبي شيبة بإسناد حسن وعن الحاكم بن الحارث السلمي عند الطبراني وأبي يعلى وعن أبي شريح الخزاعي عند الطبراني أيضاً وعنده عن ابن عباس وعنده وعند أحمد عن ابن مسعود .

المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٥٦ . بلوغ المرام بشرح سبل السلام ٣/٦٨ .

فصل

وَيجبُ ردّ عَيْنه ما لم تُستَهلك ويَستَفدِي غَيْرَ النَّقْدَيْنِ[1] بِمَا لاَ يُجْحِفُ إلى يَدِ المالك إلا صَبِياً ونَحْوه مَحْجُوراً فِيهَا[2] ، أو إلى مَنْ أَخَذَ مِنْه إلاَّ غَاصِباً مُكْرِهاً أو في حُكْمه ، ونَحْو راع لَيْلاً ، وَيَبْرَأُ بِمَصِيرِهَا إلى المالك بأيِّ وجهْ وإنْ جَهل وبالتَّخْلِيَة الصَّحِيحَةِ ، وإنْ لَمْ يَقْبِضْ إلا لِخَوْفِ ظَالِمٍ ونَحْوِه ، ويجبُ الرّد إلى مَوْضِع الغَصْب وإن بَعُدَ أَوْ الطَّلَب[3] إن كانتْ فيه فَيَهْدِمُ ويَكْسِرُ ويَذْبَحُ لِرَدٍّ مَا هيَ فِيهِ حَيْثُ لَهُ ذَلك وإلاَ فَقِيمَةُ الحَيْلُولَةِ على الأَصَحّ كَعَبْد أَبِقَ أَوْ أَيّ شَيْء تُتوسخَ فتعذَّر رَدُّهُ .

قوله : « فصل : ويجب رد عينه ما لم تستهلك » .

أقول : هذا معلوم لأن الخطاب برد نفس المغصوب ثابت بقطعيات الشرع ، فليس للغاصب أن يعدل إلى قيمته ولا أباح له الشرع ذلك إلا برضا المالك ، ثم الاستفداء واجب وإن اجحف به كل الإجحاف لأنه قد وقع في معصية الغصب باختياره عدوانا ، ومخالفة للشرع ، ووجب عليه التخلص من هذه المظلمة بردها ما دامت موجودة ووجد إليها سبيلا ، وعلينا الأخذ على يد الظالم حتى يرد مظلمته للمطلوب ، ولا تأخذ به رأفة ، فاستثناء الإجحاف من غرائب المقالات ، ويكون الرد كما ذكر المصنف إلى يد المالك أو يد وليّ غير المكلف ، وهذا معلوم وهكذا الرد إلى يد من أخذ ذلك الشيء منه إذا كان غير غاصب لحديث[4] « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » أما إذا كان غاصبا فالرد إليه غصب على غصب ، وظلم فوق ظلم .

وأما قوله : « ونحو راع ليلا » فالتعرض لذكره هذه الصورة النادرة لعل وجهه

---

(١) فإن كان نقداً لم يلزم استفداؤه بل يرد مثله . شرح الأزهار ٣/٥٢٦ .

(٢) المراد أن الرد يلزم أن يكون في يد المالك إلا أن يكون المالك صبياً أو مجنونا محجوراً عن التصرف فيها . المصدر السابق .

(٣) يجب الرد إلى موضع الغصب وان بعد فإن طلب المالك رد العين المغصوبة إلى مكان غير موضع الغصب وجب على الغاصب تسليمها في المكان الذي وقع فيه الطلب إن كانت العين موجودة فيه . المصدر السابق .

(٤) تكرر ذكر الحديث ويرجع إليه ص ١٤٨ .

ثبوت عرف بين أهل قرية علم به المصنف أو من نقل هذا عنه ولكن بعد ثبوت معنى الغصب لا وجه لتخصيص بعض الصور إلا لمخصص مسوغ للرجوع إليه في صفة الرد وغيرها .

قوله : « ويبرأ بمصيرها إلى المالك بأي وجه » .

أقول : الذي أوجبه الشرع على الغاصب أن يرد ما غصبه إلى مالكه ردا ظاهرا بحيث يعلم المغصوب عليه أن هذه العين هي التي غصبها عليه الغاصب ، وأنه قد تحلل من مظلمته له بردها إليه ، وأما جعل الرد بأي وجه محللا للغاصب من المظلمة مسقطا للضمان عنه وإن جهل المالك مجمود غير مرضي وخروج عن طريق الصواب .

قوله : « ويجب إلى موضع الغصب وإن بعد » .

أقول : وجهه ظاهر ولا سيما إذا كان موضع الغصب هو الموضع المعتاد لاستقرار تلك العين المغصوبة فيه أو كان يلزم المالك مؤنة بردها إليه أو كان الرد اليه بعد الطلب من المالك ، فلا شك أن ذلك واجب على الغاصب ، وهكذا إذا طلب المالك ردها إليه إلى غير موضع الغصب وجب على الغاصب ذلك لأن التحلل من المظلمة لا يكون إلا على الوجه الذي يرضى به المالك ، وإن لم تكن تلك العين في الموضع الذي طلب المالك ردها إليه فلا وجه للتقييد بقوله إن كانت فيه .

قوله : « ويهدم ويكسر ويذبح حيث له ذلك » .

أقول : وجه هذا ظاهر لأن رد المظلمة واجب على الظالم وإن تلف عليه ما تلف وغرم بسبب الرد ما غرم ولو أجحف به كما قدمنا ، وأما إذا كانت العين المغصوبة قد صارت في شيء مملوك لغير الغاصب بغير اختياره كأن يزد رد الحيوان الجوهرة المغصوبة ، ولا يمكن خروجها منه إلا بذبحه ، أو يدخل في شيء مملوك للغير ولا يخرج إلا بكسره فها هنا لا وجه لإتلاف ملك غير الغاصب لرد العين المغصوبة ، بل الوجه المطابق لقواعد الشرع أن يضمن الغاصب لصاحب العين المغصوبة ولمالك العين الأخرى قيمتها إن رضي بذلك

ويأخذهما الغاصب أو يشتري أحد المالكين العين التي للمالك الآخر ، وإذا لم يمكن الفصل إلا بنقص فيهما أو في أحدهما كان مضموناً على الغاصب ، وأما دفع قيمة الحيلولة فلا بد من تقييد ذلك بحصول الرضا من المالك فإن لم يرضى واختار تعجيل القيمة ورضي بمصير العين للغاصب ، وإذا رجعت فله ذلك وإن اختار الانتظار حتى تخلص تلك العين مما وقعت فيه بوجه فله أن يطالب الغاصب بأجرة مثل تلك العين حتى تعود اليه إن كان لمثلها أجرة فهذه الوجوه الخيار فيها للمالك يختار منها ما شاء ولا حجر عليه ، وهكذا الكلام في العبد الذي أبق والشيء الذي تنوسخ .

فصل

وَإِذَا غَيَّرهَا إلى غَرَضٍ خُيِّر بَيْنَهَا وبَيْنَ القِيمَةِ ، ولاَ أَرْشَ إلاَّ في نَحْوِ الخَصِيِّ[1] وإنْ زَادَتْ بِهِ ، وإلى غَيْرِ غَرَضٍ ضَمِنَ أَرْشَ اليَسِيرِ وخُيِّر في الكَثِيرِ بَيْن قِيمَتِها صَحِيحَةً وعَيْنِها مَعَ الأَرْشِ وفَوَائِدُها الأصليّة أَمَانَةٌ فَلاَ يَضْمن إلا ما نَقَله لِنَفْسه أَوْ جنى عليهِ أَوْ لَمْ يَرُدّ معَ الإمْكَانِ .

قوله : « وإذا غيرها المالك إلى غرض الخ » .

أقول : الحق أن المالك مخير بعد تغيير العين من غير فرق بين أن يكون التغيير إلى غرض أو الى غير غرض فإن شاء اختار رجوع العين إليه مع أرش النقص وإن شاء تركها للغاصب وأخذ قيمتها ، ولا وجه للفرق بين الكثير واليسير كما أنه لا وجه للفرق بين التغيير إلى غرض وإلى غير غرض وليس بيد المصنف ولا بيد غيره ما يخالف ما ذكرنا إلا مجرد الرجوع إلى قواعد لهم ليس عليه أثارة من علم .

---

(١) إذا خير المالك بين المغصوب المغير وبين القيمة ... فإن شاء أخذها ولا أرش يستحقه إلا أن يكون ذلك التغيير في شراء يمكن تقويمه على انفراده نحو العبد الخصي فإن شاء أخذ العبد بعينه مع الأرش وإن كانت قيمته قد زادت بالتغيير فإن ذلك لا يسقط الأرش . شرح الأزهار ٣/٥٣٢ .

قوله : « وفوائدها » .

أقول : فوائد العين المغصوبة تابعة لها ، فكما يجب رد العين المغصوبة إلى المالك كذلك يجب رد فوائدها إليه ، ومن خالف في هذا فليس بيده رواية ولا دراية ، وأما الاستدلال بحديث الخراج بالضمان فلا يخفاك أنه وارد في غير مقبوضه بإذن الشرع فكيف يصح الحاق العين المغصوبة بها ، ومعلوم أن الغاصب ضامن على كل حال ، فكيف يستحق عوضا وهو الخراج في مقابلة ضمانه ، وبالجملة فهذا من وضع الدليل في غير موضعه وليس عمومه إلا بالنسبة إلى ما ورد فيه لا بالنسبة إلى ما هو ضد لذلك ، ولا فرق بين الفوائد الأصلية والفرعية بل الكل غصب بيد الغاصب حتى يرده إلى مالك العين التي هو نماء لها ، ودعوى الفرق بينهما لم يبن إلا على مجرد الخيال ، فيضمن الغاصب ما تلف منها ، ولو لم يجن عليها ، ولا نقلها لنفسه ، أو لم يتمكن من ردها ، ودعوى أن الأصلية أمانة دعوى مردودة فيالله العجب من مثل هذه المقالات التي يمجها السمع ويردها العقل والشرع .

فصل

وَلَا يَرْجِعُ بِمَا غَرِمَ فِيهَا وإنْ زَادَتْ بِهِ ، وله فَصلُ ما يَنْفَصِلُ بغَيْرِ ضَرَرٍ وإلا خُيِّرَ المالك ، وعليه قَلْعُ الزَّرع وإن لم يُحْصَد وأُجْرة المِثْل وإن لم يَنْتَفِع فإن أَجَّرَاً وَنَحْوَه فَمَوْقُوفٌ (١) وأَرْش مَا نَقَصَ ولو بِمُجَرّد زِيَادَةٍ مِنْ فِعْله كأَنْ حَفَرَ بِئْرًا ثمّ طَمَّهَا إلا السِّعْر قِيل والهُزَال ونَحْوهما في البَاقِي .

قوله : « فصل : ولا يرجع بما غرم فيها وإن زادت به » .

أقول : لأن يده يد عدوان وما فعله في العين مما يوجب زيادتها عدوان على عدوان ولا يتخلص من مظلمته ويبرأ من غصبه الا بارجاع تلك العين الى مالكها وان زادت ا

---

(١) إذا أجر الغاصب العين المغصوبة أو نحو ذلك بأن يبيعها أو يهبها فإن ذلك موقوف على إجازة المالك . المصدر السابق .

فعله فيها أضعاف أضعاف قيمتها ، وما للغاصب وللمطالبة بذلك بل هو مطالب مع رد العين المغصوبة برد أجرة مثلها في مدة الغصب ، لأنه فوت على المالك هذه المنفعة تعديا وعدوانا وجرأة على الشرع وعلى أموال العباد المعصومة ، وأما كون له فصل ما ينفصل بغير ضرر فإن لم يكن ذلك من نماء العين كأن يضع عليها حلية لا ضرر في فصلها ، فله أن يأخذ ما وضعه ، وأما مع الضرر فيأخذها المالك بزيادتها ، ولا حرج عليه ، ومن استبعد هذا فليتهم عقله وقصوره عن إدراك المدارك الشرعية .

قوله : « وقطع الزرع وإن لم يحصد » .

أقول : حديث[1] « لَيْسَ لِعَرَقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي ، وحسنه من حديث سعيد ابن زيد وقد روى من طرق قدمنا الكلام عليها في باب الإحياء ، وروى عن عروة بن الزبير مرفوعاً أخرجه مالك في الموطأ وأبو داود والدارقطني ، وحسن ابن حجر في بلوغ المرام إسناده ، ومجموع طرقه تقوم بها الحجة ، وهو يدل على أن ما غرسه الغاصب أو زرعه في الأرض المغصوبة فهو لمالكها ، وليس للغاصب من ذلك شيء ، وقد روى ابن رشد الإجماع على هذا فقال في النهاية : وأجمع العلماء على أن من غرس نخلا أو ثمرا وبالجملة نباتا في غير أرضه أنه يؤمر بالقطع انتهى .. وهذا أعنى عدم ثبوت الحق للغاصب بوجه هو المطابق لمعنى كون يده غاصبة ، فإن اليد الغاصبة لا تستحق شيئا ، وما فعلته في الغصب فلا حق لها فيه ، وأما ما أخرجه أحمد[2] وأبو داود والترمذي وابن

---

(١) سبق التعليق على الحديث ويضاف إلى ما سبق أن الحديث رواه الترمذي وأعَله بالإرسال ... كما أن الدارقطني رجع إرساله ... وقد اختلف في ترجيح الإرسال ومن هو الصحابي الذي روى من طريقه فقيل جابر وقيل عبدالله بن عمر ... وقد روى الحديث من طرق أخرى وللمحدثين تخريجاته تهم الدارسين يرجع إليها . مختصر وشرح وتهذيب السنن ٤/٢٦٥ .
المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٤٠ . بلوغ المرام بشرح سبل السلام ٣/٨١ .

(٢) كلام الشوكاني هنا تعليقاً على الحديث تلخيص لما جاء في مختصر سنن أبي داود ومعالمها للمنذري والخطابي ... وقد قال الشيخ ابن القيم في التعليق على الحديث إلى تحسينه وقال « ليس مع من ضعف الحديث حجة ، فإن رواته محتج بهم في الصحيح وهم أشهر من أن يسأل عن توثيقهم ... وقد حسنه إمام المحدثين أبو عبدالله البخاري والترمذي بعده وذكره أبو داود ولم يضعفه فهو حسن عنده واحتج به الإمام أحمد وأبو عبيد وله شاهد من حديث رافع بن خديج الآتي في زرع أرض ظهر ... إلى آخر ما قاله الشيخ في التهذيب . يراجع المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٥٩ . مختصر وشرح وتهذيب السنن ٥/٦٤ .
بلوغ المرام بشرح سبل السلام ٣/٧٠ .

ماجه من حديث رافع بن خَدِيج أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « مَنْ زَرَعَ في أَرْضِ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ وَلَهُ نَفَقَتُهُ » وقد روى الترمذي عن البخاري تحسينه ، ونقل عن البخاري تضعيفه ، وضعفه أيضا البيهقي ، وهو من طريق عطاء بن أبي رباح عن رافع بن خديج ، قال أبو زرعة ، لم يسمع عطاء من رافع وكان موسى بن هارون يضعف هذا الحديث ، ويقول : لم يروه عن شريك ولا رواه عن عطاء غير أبي إسحق : فهو مع كونه مخالفا لما هو أصل الغصب من عدم رجوع الغاصب الظالم على المغصوب عليه المظلوم بما أنفقه على ما تعدى به من إيقاع الزرع غصبا وعدوانا بغير إذن الشرع يمكن الجواب عنه من وجوه :

الأول ما ذكرناه فيه من المقال الذي لا ينتهض معه للاستدلال .

الثاني بما حكاه ابن[1] المنذر عن أحمد بن حنبل أنه قال : إن أبا إسحق زاد في هذا الحديث لفظ « بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ » وليس غيره بذكر هذا الحرف انتهى وإذا كان هذا اللفظ مزيداً لم يكن في الحديث دلالة على أن هذا الحكم يثبت للغاصب بل هو ثابت لمن زرع أرض قوم على غير وجه التعدي والعدوان فلا يبقى في الحديث إشكال ، ويؤيد هذا ما أخرجه أحمد[2] وأبو داود والطبراني وغيرهم « أَنَّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم رَأَىَ زَرْعاً في أَرْضِ ظُهَيْرٍ فَأَعْجَبَهُ فقال : مَا أَحْسَنَ زَرْعَ ظُهَيْرٍ فَقَالوا : إِنَّه لَيْس لِظُهَيْرٍ لَكِنَّهُ لِفُلاَنٍ قَالَ : فَخُذُوا زَرْعَكُمْ وَرُدُّوا عَلَيْه نَفَقَتَهُ » فدل على أن الزرع تابع للأرض فهذا قاله صلى الله عليه وآله وسلم في أرض غير مغصوبة ، كما يدل عليه قولهم ، ولكنه لفلان ولو زرع تلك الأرض غصبا لم يقولوا إن الزرع له وإذا كان هذا حكم من زرع[3] .

---

(١) العبارة حكاها ابن المنذر عن أبي داود قال : سمعت أحمد بن حنبل ... وسئل عن حديث رافع فقال : « عن رافع ألوان ولكن أبا إسحق زاد فيه .... الخ ».

وقد نقلت العبارة مرتين إحداهما « وليس غيره يذكر هذا الحرف » والثانية « وليس غيره ينكر هذا الحرف ».

مختصر وشرح وتهذيب السنن ٥/٦٤ .

(٢) نيل الأوطار على المنتقى ٥/٣٦٠ ....

ويرجع إلى لفظ أبي داود في مختصر وشرح وتهذيب السنن ٥/٦٣ .

(٣) زيادة استلزمها تصحيح المعنى الفقهي لأنه لا يظهر إلا بها ويؤيد هذا ما يأتي في موضوع النخل .

[غير غاصبا ولا ظالم فحكم من زرع] . غاصباً ظالما مثل هذا الحكم .

الوجه الثالث بما أخرجه أبو داود[1] والدارقطني من حديث عروة بن الزبير عن بعض الصحابة « أَنَّ رَجُلَيْنَ اخْتَصَمَا إلى رَسولِ الله صلى الله عليه وآله وسلم : غَرَسَ أَحَدُهُمَا نَخْلاً في أَرْضٍ فَقَضَى لِصَاحِبِ الأَرْضِ بِأَرْضِهِ وَأَمَرَ صَاحِبَ النَّخْلِ أَنْ يُخرِجَ نَخْلَةُ مِنْهَا . قال : فَلَقَدْ رَأَيْتُهَا وإنَّهَا لَتُضْرَبُ أُصُولُها بِالْفُؤوسِ وإنَّهَا لَنَخْلٌ عُمٌّ وإذا كان هذا هو حكم الشرع في النخل الذي تعظم المؤنة عليه ، وتكثر الغرامة فيه فأمر النبي الغاصب بالقلع وإخراج نخله مع كونه قد صار نخلا عُمًّا ، فكيف لا يكون الزرع مثله مع حقارة المؤونة عليه وقِصرَ المدة فيه ، وليس في كون البذر من الغاصب زيادة على كون أصول الغرس منه ، فلا يصح أن يكون أحدهما سببا لاستحقاق الغاصب للنفقة دون الآخر ، فما ذكره المصنف رحمه الله من قلع الزرع وإن لم يحصد ولزوم أجرة الأرض للغاصب وإن لم ينتفع صواب ، وهكذا قوله إنعليه أرش ما نقص .

وأما قوله : « فإن أَجّر أو نحوه فموقوف » فالمعتبر إجارة المالك ، فإن أجاز كانت هذه الإجازة هي التي صح بها التأجير ونحوه وإن لم يجز كان ما فعله الغاصب وجوده كعدمه ، وأما قوله : « إلا نقصان السعر » فوجهه أن ذلك النقصان ليس من فعل الغاصب حتى يضمنه ، ولا يخفاك أن ارتفاع السعر يزيد قيمة ذلك المغصوب فوق ما كانت عليه حال الغصب ، ومن الجائز أن يبيعها المالك وقت حصول زيادة السعر ، فكان في الغصب من هذه الحيثية تفويت لمنفعة للمالك متعلقة بالعين فيضمنها كما يضمن أرش النقص وصاحب اليد الظالمة الغاصب حقيق بالتشديد عليه لأنه اختار لنفسه التعدي ، ومخالفة ما يقتضيه الشرع ويوجبه العدل ، وهكذا الهزال يضمنه لأنه حصل النقص به والمغصوب في يده ، ولو كان بغير سبب منه إذ من الجائز أن تلك العين لو كانت باقية بيد مالكها لم تهزل .

---

(١) العم : بضم العين وفتحها وتشديد الميم النخل الطويل . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٥٩ .

فصل

وَيَمْلك ما اشْتَرَى بِهَا أَوْ بِثَمَنِهَا نَقْدَيْنِ[1] ويَتَصدَّق بالرِّبْح ، وما اسْتَهْلَكه بِخَلْطِهِ أَوْ إِزَالَةِ اسْمِهِ ومُعْظَم مَنَافِعِه ، ويَطِيبُ لَهُ بَعْد المُراضَاةِ ، ويتصدَّقَ بِمَا خَشِيَ فَسَادَه قَبْلَها ، ويَمْلِك مُشْتَرِيها الجَاهِلُ غَلَّتَها ويتصدقُ بما تَعَدَّى قِيمَةَ الرَّقبةِ وعَلَيْه الأُجرة .

قوله : « فصل : ويملك ما اشترى بها أو بثمنها نقدين ويتصدق بالربح » .

أقول : العين المغصوبة باقية على ملك مالكها بالعصمة الشرعية ، ولا يخرج عن ملكه بالغصب المحرم بقطعيات الأدلة ، فالواجب على الغاصب إرجاعها سواء كانت عينا أو نقدا ، وأما الاعتلال بأن النقد لا يتعين فما أهون هذه المقالة في صدور علماء الشريعة العارفين بقواعدها ، فإن هذا ليس إلا مجرد رأي ليس عليه أثارة من علم فالواجب الشرعي على الغاصب أن يرد العين المغصوبة ، فإن تلفت أو تعذر استدراكها كما لو اختلف النقد بمثله من النقود فعلى الغاصب إرجاع قيمة العين موفرة ، وإرجاع مثل النقد من أعلى جنس من أجناسه ، ولا يطيب له ما شراه بالعين أو بثمنها ، ولا يصير ملكا له ، ولم يأذن الشرع بذلك ولا سوغه ، وهكـذا لا يطيب له الربح بل يجب عليه إرجاعه لمالكه كما قدمنا ، هكذا ينبغي أن يقال في مثل هذا البحث عملا لما تقتضيه القواعد الشرعية ، وللإمام أن يتصدق بما يخشى فساده من العين المغصوبة أو مما اشترى بثمنها أو من الربح عقوبة للغاصب والضمان عليه باق بحاله ، وعلى هذا يحمل ما أخرجه أحمد[2] وأبو داود والدارقطني عن عاصم بن كُلَيْب « أَنَّ رَجُلاً مِنَ ٱلْأَنْصَارِ أَخْبَرَهُ قال : خَرَجْنَا مَعَ النبيَّ صلى الله عليه وآله وسلم فَلَمَّا رَجَعْنَا اسْتَقْبَلَهُ دَاعِي امْرَأَةٍ فَجَاءَ وَجِيءَ بِالطَّعَامِ فَوَضَعَ يَدَهُ ثُم وَضَعَ الْقَومُ

---

(١) نقدين : يعني إذا كانت العين المغصوبة أو ثمنها نقدين .

(٢) في لفظ للدارقطني « ثم قال إني لأجد لحم شاة ذبحت بغير إذن أهلها ... فقالت : يا رسول الله أخي وأنا من أعز الناس عليه . ولو كان خيراً منها لم يغير علي ... وعلى أن أرضيه بأفضل منها ... فأبى أن يأكل منها . وأمر بالطعام للأساري » .

ويلوك : اللوك أهون المضغ ... يوجد بضم أوله وسكون الواو وكسر الجيم ... أي لم يعطني ما طلبته ... وفي القاموس أوجده : أعفاه وأوجد فلاناً مطلوبه أظفره به . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٦١ . مختصر وشرح وتهذيب السنن ٥/٩ .

أَيْدِيهِم فَأَكَلُوا ، فَنَظَرَ آباؤُنَا رسولَ الله صلى الله عليه وآله وسلم يَلُوكُ لُقْمَةً في فَمِهِ ثُمَّ قال : أَجِدَ لَحْمَ شَاةٍ أُخِذَتْ بِغَيْرِ إِذْنَ أَهْلِهَا ، فقالتْ المرأةُ : يا رسولُ الله إني أَرْسَلْتُ إلى الْبَقِيعِ يَشْتَرِي لي شَاةً فَلَمْ أَجِدْ ، فَأَرْسَلْتُ إلىَ جَارٍ لي قَدْ اشْتَرَى شَاةً أَنْ أَرْسِلْ بِهَا إِلَيَّ بِثَمَنِهَا فَلَمْ يُوجَدْ ، فَأَرْسَلْتُ إلى أمْرَأَتِهِ فَأَرْسَلَتْ إِليَّ بِهَا . فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : أَطْعِمِيهِ الأَسَارَى » وعاصم بن كُلَيْب[1] المذكور في الإسناد قال علي بن المديني : لا يحتج به إذا انفرد وقال الامام أحمد : لا بأس به وقال أبو حاتم الرازي : صالح ، وقد أخرج له مسلم ، وأما جهالة الصحابي فغير قَادِحة ولكن لا يخفاك أن هذا الحديث ليس هو كالغصب من كل وجه فإن هذه المرأة لم تقصد الاستيلاء على مال الغير عدوانا ، بل وقع في ظنها أن إذن امرأة الرجل كإذنه ، ولما كان إذن المالك أمر لا بد منه صرفها صلى الله عليه وآله وسلم في مصرفها .

قوله : « وما استهلكه بخلطه وإزالة معظم منافعه » .

أقول : أما الخلط فقد تعذر إرجاع العين معه ، فيجب على الغاصب إرجاع مثلها من أعلى جنس من أجناسها كما قدمنا ، لأن انتصاف المظلوم من ظالمه وإرجاع حقه إليه على طريقة العدل لا يكون إلا بذلك ولا وجه لجعل ذلك موجبا للملك الغاصب لما غصبه ، ولا دَلّ على ذلك شرع ولا عقل ، وأما إذا فعل في العين المغصوبة ما أزال اسمها ومعظم منافعها فهذا أيضا لا يوجب أن تصير تلك العين بعد تغييرها ملكا للغاصب ، بل المالك بالخيار إن شاء رجعت له وأخذ أرش النقص ، وإن شاء تركها وأخذ قيمتها مُوَفّرة ، ولا تطيب للغاصب بعد تسليم الأرش أو القيمة بحال من الأحوال ، لأنه أخذها لا بإذن الشرع ولا بإذن المالك ، فإن طابت نفس المالك بأن تصير للغاصب بعد تسليم القيمة أو الأرش كان ذلك هو المسوغ لا مجرد الضمان .

قوله : « ويملك مشتريها الجاهل غلتها الخ » .

---

(١) عاصم بن كليب الجرمي الكوفي عن أبيه كليب بن شهاب وأبي بردة وجماعة وعنه شعبة وعلى بن عاصم وطائفة ... كان من العباد الأولياء لكنه مرجيء . ويضاف إلى ما أورده المصنف عنه أن ابن معين وثقه هو وغيره الميزان ٢/٣٥٦

أقول : قد عرفناك غير مرة أن العين باقية على ملك مالكها ، وأن اليد الظالمة الغاصبة لا يثبت بها حق للغاصب ، ولا لغيره من غير فرق بين العالم والجاهل ، فما حصل من الغلة في يد مشتريها الجاهل كان لرب العين وهو المالك ، وهذا المشتري الجاهل يرجع بما غرمه للمالك على الغاصب ، لأنه غُرم لحقه بسببه ، فهذا ما تقتضيه القواعد الشرعية القاضية بعصمة أملاك العباد ، وعدم خروجها عنهم إلا بالرضا كما يدل عليه قوله[1] عز وجل ﴿ وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾ وقوله صلى الله عليه وآله وسلم[2] « لاَ يَحِلّ مَالُ امْرِيءٍ مُسْلِمٍ إلاَّ بِطِيبَةٍ مِنْ نَفْسِهِ » وقوله صلى الله عليه وآله وسلم[3] « إنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ » فمن زعم أن الغصب يقتضي خروج فوائد العين عن ملك مالكها إذا باعها الغاصب من جاهل لغصبها فعليه الدليل ، ولا دليل ، وما ذكره من التصدق بما تعدى قيمة الرقبة فمبني على هذا الخيال الفاسد ، وأما لزوم الأجرة له فإذا اختار المالك عدم أخذ فوائد العين من المشتري الجاهل وطالب بأجرة الأرض كان له ، ويرجع به المشتري الجاهل على الغاصب كما قدمنا ، وسيأتي للمصنف مثل هذا قريباً ، ولكنها تكررت عليه بعض المباحث في هذا الفصل والفصل الذي قبله والفصل الذي سيأتي بعده ، ووقع التخالف في بعضها ، وقد أوضحنا ما هو الحق في الجميع .

فصل

وَلِلْمَالِكِ قَلْعُ الزَّرْعِ وأُجْرَتُه ولَوْ مُسْتَقِلاً ، ولاَ يُفْسِدُ إنْ تَمَكَّنَ بِدُونِهِ ، والرُّجُوع بِالْعَيْنِ والأُجْرَةِ على كُلّ مِمَّنْ قَبَضَ والمَغْرُور يُغْرِمُ الغَارَّ ولو جَاهِلاً كُلَّ ما غَرِمَ فِيهَا ، أو بَنَى عَلَيْها إلا ما اعْتَاضَ[4] مِنْه وَالقَرَار على الآخِرِ إنْ عَلِم مُطْلَقاً أَوْ جَنَى (غَالبا) وَيبَرؤُونَ

---

(١) تكرر ذكر الآية الكريمة ١٨٨ من سورة البقرة .

(٢) تقدم ذكر الحديث ص ٨١ .

(٣) تقدم ذكر الحديث ص ١٩٣ من الجزء الثاني .

(٤) المغرور لا يغرم الغار ما كان قد اعتاض منه نحو أن يشتري جارية مغصوبة وهو جاهل لغصبها فيطأها فيطلبها المالك ويطلب مهرها فإنه يلزمه تسليمها ويسلم مهرها ... ولا يرجع بالمهر على البائع لأنه قد استوفى بدله وهو وطء الجارية . شرح الأزهار ٣/٥٤٤ .

بِبَرَاءَتِهِ لاَ غَيْرِهِ[1] ، وإذَا صَالَحَ غَيْرُه المَالِكَ فَبِمَعْنَى الإبْرَاءِ يَرْجِعُ بِقَدْرِ ما دَفَعَ ويَبْرَأُ مِن البَاقِي لاَ هُم ، وبِمَعْنَى البَيْعِ يَمْلك فَيَرْجِعُ بِالْعَيْنِ إنْ بَقِيَتْ وإلاّ فَالْبَدَل .

قوله : « فصل : وللمالك قلع الزرع وأجرته » .

أقول : هذا صواب وقد قدمنا وجهه والدليل عليه ، ومعلوم أن هذا الزرع وقع في ملك الغير باليد العدوانية فلا حق للغاصب فيه ، وللمالك تفريغ أرضه عما فعلته فيها اليد العدوانية ، وإذا احتاج القلع إلى أجرة رجع بها على الغاصب لأنه غُرم لحقه بسببه ، وإذا لم يمكن القلعُ إلا بإفساد الزرع كان له ذلك وبعد هذا يأخذ العين المغصوبة ويأخذ أجرتها من الغاصب أو مما صيرها إليه الغاصب ، وقرار الضمان على الغاصب ، ولا فرق بين العالم والجاهل ، والمغرور يُغرم الغار كما قال المصنف هنا وهو الحق .

واما قوله : « والقرار على الآخر إن علم مطلقا أو جنى غالبا » فوجهه أنه مع العلم يصير كالغاصب الأول ، وقد صارت العين في يده فيكون قرار الضمان عليه ، وهكذا مع الجناية قد صار ضامنا للعين المغصوبة بالجناية سواء حكم عليه بأنه غاصب أو لم يحكم عليه بالغصب ، وأما إذا لم يعلم ولا جنى فهو مغرور من جهة الغاصب فيرجع عليه .

قوله : « ويبرؤن ببراءته لا غيره » .

أقول : إن أبرأ المالك من ضمان العين المغصوبة إبراء مطلقا برئوا جميعا ، وهكذا إذا أبرأ من قرار الضمان عليه ،لأنه هو الذي تعلق به الضمان للمالك في آخر الأمر ، فكأنه في هذه الصورة أبرأ من ضمان العين مطلقا لأن الخطاب على الغاصبين الآخرين ، فالضمان إنما هو من جهة من كان قرار الضمان عليه لا من جهة المالك ، فإنه لا يطلب إلا ضمان ما غُصب عليه ، وقد أبرأ منه ، وعلى تقدير أن له أن يطالب غير من قرار الضمان عليه من الغاصبين ، فتلك المطالبة تنتهي آخر الأمر إلى من عليه القرار ، وأما ما ذكره من المصالحة

(١) إذا أبرأ المالك آخر الغاصبين فإنهم جميعاً يبرأون ببراءته ... أما إذا أبرأ غيره فإنه لا يبرأ الباقون . المصدر السابق .

بمعنى الإبراء بمعنى البيع فهذا أمر وقع برضاء المالك ، وهذا الرضا هو المناط المحلل لانتقال الأموال من مالك إلى مالك ، فيسقط الزائد من القيمة عنه ، وتصير العين ملكا له ، وأما كونه يبرأ من باقي القيمة وحده دون سائر الغاصبين ، فبني على أن الرضا الواقع من المالك مقيد بهذا الغاصب وحده فكأنه خصه بذلك مع عزمه على طلب الباقين بما أسقطه ، لهذا وإلا فلا وجه لرجوع المالك عليه .

فصل

وَفي تَالِف المِثْلِيّ مِثْلُه إنْ وُجِدَ في نَاحِيَتِه ، وإلاّ فَقِيمَتُه يَوْمَ الطَّلَب ، وصَحّ لِلْغَاصِبِ تَمَلُّكُهُ وإلاّ فَقِيمَتُه يَومَ الغَصْبِ ، ولم يَصِرْ بَعْدُ أَوْ مَعَ أَحَدِهِمَا قِيمِيّاً[1] وإلا اخْتَارَ وفي القِيمِيّ قِيمَتُه يومَ الغَصْب ، وإن تَلِف مع زِيادَةٍ غَيْرِ مَضْمُونَة وفي المَضْمونةِ يُخَيَّر بَيْن قِيمَتِه يَوْم الغَصْبِ وَمَكانِه ويومُ التَّلَفِ ومَكَانِه ، ويَتَعَيَّنُ الأَخِيرُ لِغَيْرِ الغَاصِبِ ، وإن قَلّ ، ومَا لاَ يُتَقَوَّمُ وَحْدَه فَمَعَ أَصْلِه ، ويجبُ رَدّ عَيْن مَا لاَ قِيمَةَ لَهُ لا عِوَضٍ تَالِفِه إلاّ مِثْلِيّاً لاَ يُتَسَامَحُ بِهِ أَوْ إنْ تَلِفَ بَعْدَ تَقَوّمه[2] ، والقَوْل لِلْغَاصِب في القِيمةِ والعَيْن وبَيِّنَةُ المَالِك أَوْلَى .

قوله : « فصل : وفي تالف المثلي مثله الخ » .

أقول : إطلاقهم على الشيء الذي تساوت أجزاؤه أنه مثلي وعلى ما اختلفت أجزاؤه أنه قيمي هو مجرد اصطلاح لهم ، ثم وقوع القطع والبت منهم بأن المثلي يضمن بمثله والقيمي بقيمته هو أيضا مجرد رأي عملوا عليه وإلا فقد ثبت عن الشارع أنه يضمن المثلي بقيمته ،

---

(١) إنما يضمن المثل بمثله إذا استمر مثلياً عند الغاصب والمغصوب منه ولم يصر بعد الغصب أو مع أحدهما قيمياً ... وإن لم يكن كذلك بل غصبه وهو مثلي ثم صار قيمياً قبل الاستهلاك أو كان في بلد الغاصب قيمياً ومع المغصوب منه مثلياً أو العكس خيّره المالك في هاتين الصورتين ... إن شاء طلب القيمة وإن شاء طلب المثل . شرح الأزهار ٣/٥٤٨ .

(٢) يجب رد عوض ما لا قيمة له إذا أخذ بغير رضا مالكه فإذا تلف في يده لم يلزمه الرد إلا في صورتين :
الأولى : أن يكون المتلف مثلياً لا يتسامح به .
الثانية : أن يتلف بعد تقدمه . المصدر السابق .

كما في قوله في حديث[1] المُصَرَّاةِ « رُدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ » وهو في الصحيح كما تقدم وثبت عنه صلى الله عليه وآله وسلم تَضْمِين القِيمِيّ بِمِثْله كما ثبت في صحيح[2] البخاري وغيره من حديث أنس قال « أَهْدَتْ بَعْضُ أَزْوَاجِ النبيِّ صلى الله عليه وآله وسلم إِلَيْهِ طَعَاماً في قَصْعَةٍ فَضَرَبَتْ عَائِشَةُ القَصْعَةَ بِيَدِهَا فَأَلْقَتْ مَا فِيهَا فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : طَعَامٌ بِطَعَامٍ وَإِنَاءٌ بِإِنَاءٍ » وهذا اللفظ للترمذي وللبخاري[3] في هذا الحديث ألفاظ منها « أَنَّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كَانَ عِنْدَ بَعْضِ نِسَائِهِ فَأَرْسَلَتْ إِحْدَى أُمَّهَاتِ المُؤْمِنِينَ مَعَ خَادِمٍ لَهَا بِقَصْعَةٍ فِيهَا طَعَامٌ فَضَرَبَتْ بِيَدِهَا فَكَسَرَتْ القَصْعَةَ فَضَمَّهَا وجَعَلَ فِيهَا الطَّعَامَ وقال : كُلُوا ودَفَعَ القَصْعَةَ الصَّحِيحَةَ لِلرَّسُولِ وحَبَسَ المَكْسُورَةَ » وأخرج نحْو هذا الحديث أحمد وأبو داود والنسائي من حديث[4] عائشة أنها قالت : « مَا رَأَيْتَ صَانِعَةَ طَعَامٍ مِثْلَ صَفِيَّة أَهْدَتْ إِلَىَ النبيِّ صلى الله عليه وآله وسلم إِنَاءً مِنْ طَعَامٍ فَمَا مَلَكْتُ نَفْسِي أَنْ كَسَرْتُه فقلت : يا رسول الله مَا كَفَّارَتُه ؟ فقال : إِنَاءٌ كَإِنَاءٍ وطَعَامٌ كَطَعَامٍ » وفي إسناده أفلت بن خليفة[5] قال أحمد : ما أرى به بأسا وحسن ابن حجر في الفتح إسناده .

إذا عرفت هذا فأعلم أن الواجب رد العين المغصوبة مثلية كانت أو قيمية فإن تلفت كان المالك مخيراً بين أخذ مثلها أو قيمتها على وجه يرضى به من غير فرق بين مثلي وقيمي ، ولكن إرجاع المثلي من أعلى أنواع الجنس وقيمة القيمي على هذا الاصطلاح أقرب إلى دفع التشاجر وأقطع لمادة النزاع .

وأما قوله : « فقيمته يوم الغصب » فوجهه أنّه الوقت الذي تعلق فيه الضمان بالغاصب ، وقيل يوم التلف لأنه وقت وجوب الضمان ، والأولى أن يكون مضمونا بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت التلف ، لأن هذه مظلمة فإذا زادت قيمة ذلك الشيء في بعض

---

(١) تقدم ذكر الحديث ص ١٦ .

(٢) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٥/٣٦٢ .

(٣) الصحيح بشرح الفتح ٥/١٢٤ .

(٤) مختصر السنن للمنذري ٥/٢٠١ .

(٥) أفلت بن خليفة أبو حسان : ويقال فليت العامري ... قال أبو حاتم الرازي : شيخ ووهن البخاري بعض أحاديثه عن جسرة بنت دجاجة . المصدر السابق . التاريخ الكبير للبخاري ٢/٦٧ .

الأوقات فمن الجائز أنه لو كان باقيا بيد المالك لباعه بهذه الزيادة ، وقد قدمنا الكلام في هذا ، والعجب من المصنف ومن قال بمثل قوله حيث قالوا إن الرهن المقبوض بإذن مالكه مضمون على المرتهن بأوفر قيمة من القبض إلى التلف ، والغصب الذي هو ظلم بحت واستيلاء على جهة العدوان بغير إذن الشرع مضمون بقيمته وقت الغصب ، وقد أطال المصنف الكلام في هذا الفصل على القيمي والمثلي وقد عرفناك ها هنا بما يتضح لك به الصواب في جميع هذه الأطراف التي ذكرها المصنف وقد قدمنا أن الزيادة مضمونة على كل حال ، فلا يتم ما ذكره من التخيير ، وأما الجزم بأنه يتعين الأخير لغير الغاصب الأول للغاصب فليس لهذه الدعوى وجه ولا عليها أثارة من علم .

قوله : « والقول للغاصب في قدر القيمة » .

أقول : القول قول نافي الزيادة والبينة على مدعيها .

وأما قوله : « والعين » فالصواب أن البينة على من سبق إلى التعيين والقول قول المنكر مع يمينه ، وأما كون بينة المالك أولى ، فوجهه أن يد الغاصب عدوانية فكانت بينته ضعيفة لضعف يده ، ولكن هذه العلة تقتضي أن لا يكون القول قوله في القيمة والعين كما ذكره المصنف لأن اليد العدوانية موجودة في الجميع وإذا اضعفت البينة أضعفت كون القول قوله .

فصل

وَيَسقُطُ عِوضُ التَّالِف حَيْثُ لاَ قِيمَة لِحِصَصِهِ لَوْ قُسِّمَ وتَصِيرُ لِلْمَصَالح تَركَةً صَارَتْ لِنُقْصَانِها كذلك وكذلك هُو أَوْ العَيْن باليَأْس عَنْ مَعْرِفة المالك ، أو انْحِصَاره ، وحِينئذ تُعَدَّد القِيمَة بِتَعَدْدِ المُتَصَرِّف وإنْ بَقِيَتْ العينُ ، وَوِلاَية الصَّرف إلى الغَاصِب ، ولا يَصْرِف فِيمَنْ تَلْزَمُه نَفَقَتُه إلا العَيْنُ وفي نَفسْهِ خِلافٌ ، ولا تُجزيءُ القِيمةُ عَنْ العَيْنِ وَلاَ العَرَضُ عن النَّقْدِ ، وتفتقِرُ القِيمة إلى النِّيةِ لا العَيْنُ ، وإذا غَابَ مَالِكُها بقِيَتْ حتَّى اليَأْس ثمّ لِلوَارِث

ثم للفقراء ، أو المَصَالح ، فإن عاد غَرِمَ التَّالِفَ الدَّافِعُ العِوَضَ إلى الفُقَراءِ لا إلى[1] الإمام أو الحَاكِمِ فَبَيْتِ المالِ وَإن التبَسَ مُنْحَصِراً قُسِّمَتْ كَمَا مَرّ[2] ولا يَسْقط بالإسلام بعدالرِدَّةِ ما يُجَامع الكُفْر ولا يَضْمن ما مُنِع عَنْه مَالِكُه بالزَّجْرِ مَا لَمْ تَثْبت اليدُ ويَضْمن آمرُ الضَّعِيف قَوِيّاً فَقَط ، والقَرَار على المَأْمُور.

قوله : « فصل : ويسقط عوض التالف الخ » .

أقول : هذا كلام في غاية السقوط ، فإن الضمان قد وجب بالغصب وجوبا ثبت بيقين ، فكون مجرد قسمته بين الشركاء يصير بها نصيب كل واحد لا قيمة له يقتضي سقوط هذا الضمان المعلوم لا سقوط المالكين المتيقن بل يجب على الغاصب تسليم ذلك الشيء إليهم ، ويضنعون به ما أرادوا ، وإن بلغ في الحقارة إلى الغاية وتسامح الناس في المحقرات هي التي لا تكون مأخوذة على وجه الغصب ، أما المأخوذة على جهة الغصب فالتسامح بها أقل قليل ، وهكذا قوله « وتصير للمصالح تَرِكَة صارت لِنُقصانها كذلك » فإن هذا الحكم مجازفة عظيمة وجرأة على إخراج أموال العباد عن أملاكهم بغير برهان ، بل بمجرد وسوسة ناشئة عن خيالات مختلة .

وأما قوله : « وكذلك هو أو العين باليأس عن معرفة المالك أو انحصاره » فوجهه أنه إذا عرض هذا اليأس وتقرر تقرراً صحيحاً صار ذلك المال لا مالك له ، وإذا صار كذلك كان للمسلمين فيصرف في مصالحهم الذي يرجع الصرفَ إليها الإمام أو الحاكم .

وأما قوله : « وحينئذ تعدد القيمة بتعدد المصرف وان بقيت العين » فلا وجه له ، ولا سبب يقتضيه ، وقد عرفناك فيما سبق ما يكشف لك عن الصواب مع تعدد الغاصبين .

(١) إن صرف المظلمة بعد أن يئس من صاحبها ثم عاد وجب رد الباقي وغرم الدافع التالف بشرطين : أحدهما ... أن يدفع العوض . فإن صرف العين وجب على الفقراء أن يردوها إن كانت باقية أو يغرموها إن كانت تالفة
الثاني أن يصرف إلى الفقراء لا إلى الإمام أو الحاكم . شرح الأزهار ٣/٥٥٦ .
(٢) كما مر في التباس الأملاك بعضها ببعض لا يخالط فإنها تقسم ويبين مدعي الزيادة والفضل المصدر السابق .

قوله : « وولاية الصرف على الغاصب » .

أقول : هذا من غرائب المسائل ، وعجائب أهل الرأي ، فإن الغاصب ثبت على المغصوب بغير إذن الشرع بل عنادا له وتمرداً ابتداء وانتهاء ، فمن أين يكون له ولاية الصرف ، بل واجب عليه عند التوبة وعدم وجود المالك أو عدم انحصاره أن يحمل تلك المظلمة إلى الإمام بعد أن يصرح له بالتوبة ، ويبين له أنه قد تعذر عليه التدارك وانسدت عليه أبواب التخلص ، وعلى الإمام أن يصرف ذلك فيما يراه من مصالح المسلمين ، وأما فرق المصنف بين العين وغيرها في الصرف فيمن يلزمه نفقته فهو أعجب وأغرب ، وليت شعري كيف صارت هذه الخرافات معدودة من أحكام الشرع ، وهكذا قوله « وفي نفسه خلاف » فالقائل بالجواز قد جاء بما يشبه المقامرة ، فجعل الولاية لليد الظالمة في الصرف ثم أقر المغصوب على اليد العدوانية زاعما أن هذا شرع الله ، فيالله وللمسلمين ، وأما عدم إجزاء القيمة عن العين فوجهه أن المظلمة متعينة فليس لمن إليه الصرف كما ذكرنا لا كما ذكره المصنف أن يصرف عنها القيمة إلا أن يرى في ذلك صلاحا ، وهكذا الكلام في صرف العرض على النقد ، ولا وجه للفرق بين القيمة والعين في النية ، ولكن ذلك من جملة هذه المسائل التي يضحك منها تارة ويبكي منها أخرى ، وأما إيجاب تسليم العين إلى الوارث مع اليأس عن رجوع المالك فذلك صواب لأن ذلك غاية ما يجب من الرجوع إلى ما يوجبه الشرع ويقتضيه العدل ، ومع عدم الوارث ولاية الصرف إلى الامام يصرفها فيما يرجحه من مصالح المسلمين كما قدمنا .

وأما قوله « فإن عاد غرم التالف الدافع [العوض] إلى الفقراء » فوجهه أنه انكشف أن ذلك الصرف لخيال كاذب ، وأما إذا كان الصارف هو الإمام والحاكم فإن كان ذلك لتغرير عليهما من الغاصب بحصول اليأس الذي انكشف خلافة فالضمان على الغاصب ، وإلا كان الضمان عليهما من بيت المال مع عدم التغرير ، لأنهما أوقعا الصرف لخيال كاذب ، ولا يبعد أن يكون الضمان عليهما من أموالهما لم يتثبتا في الأمر كما ينبغي .

وأما قوله : « وإن التبس منحصرا قسمت كما مر » فمبني على أن كل واحد من هؤلاء

المنحصرين يدعى ملكها أو بعضها ما لو لم يكن الأمر كذلك فلا وجه لقسمتها بين من لا يطالب بها ، وتصير لمصالح المسلمين كما قدمنا .

قوله : « ولا تسقط بالإسلام بعد الردة ما يجامع وجوبه الكفر » .

أقول : إن قام الدليل المقتضي لتخصيص ما ثبت من أن الإسلام يجب ما قبله كان المصير إلى ذلك واجبا جمعا بين الخاص والعام ، وإن لم يثبت الدليل المقتضي لتخصيص ما ثبت كان الوقوف على العام هو الواجب والمسألة طويلة الذيل ولها مآخذ عدة .

وأما قوله : « ولا يضمن ما منع عنه مالكه بالزجر » فجمود غير محمود ، فإن هذا غصب إذا خشي المالك نزول ضرر به من المتهدد له ، وثبوت اليد وصف طردي على على تقدير أنه أمر زائد على هذا المنع للمالك عن ملكه ، وأما كونه يضمن أمر الضعيف قويا فلكون الغصب لم يحصل إلا بأمره ولم يتم إلا بقوته ، والقرار عليه لا على المأمور فإنه لا تأثير له في ذلك .

كتاب العتق

فصل

يَصِحّ مِنْ كلِّ مكلّفٍ مَالك حَالَهُ[1] لكل مملوك ولو كافِرَيْنِ ، ولا تَلْحَق الإِجَازَةُ إلا عَقْدْ[2] ولاَ الخِيَار إلا الكِتَابَةَ .

قوله : « فصل : ويصح من كل مكلف » .

أقول : وجهه ظاهر لأن تصرف الصبي والمجنون غير نافذ ، وأما اعتبار قَيْد الملك فمعلوم لأن عتق غير المالك وجوده كعدمه ، وأما كونه يصح لكل مملوك فلعدم المانع مع وجود المقتضي .

وأما قوله : « ولو كافرين » فهذا مخالف لما قرروه في الأبواب التي هي قُرَبٌ أنها لا تصح من الكافر ، ومعلوم أن المصنف هنا إنما يريد الصحة ، وأما ثبوت الثواب فلم يرد إلا في عتق المسلم للمسلم كما في حديث[3] أبي هريرة في الصحيحين وغيرهما عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُسْلِمَةً أَعْتَقَ اللهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْواً مِنْهُ مِن النَّارِ حَتّى فَرْجَهُ بِفَرْجِهِ » وكما في حديث أبي[4] أُمامة مرفوعا « أَيُّما أمْرِيءٍ مُسْلِمٍ أَعتق امْرأً مُسْلِماً كانَ فَكَاكُهُ مِنَ النارِ يُجْزِيءُ كُلّ عُضْوٍ مِنه عُضْواً مِنْه » أخرجه الترمذي وصححه وأخرجه أيضاً النسائي وابن ماجة باسناد صحيح وفي لَفظ[5] منه و

---

(١) من شروط صحة إيقاع العتق أن يكون مالكاً عند إيقاع اللفظ . شرح الأزهار ٣/٥٦٠ .

(٢) مثلوا لذلك بأن يقول أنت حر على ألف ... فقيل وامتثل ... فإن هذا ونحوه تلحقه الإجازة إذا وقع من فضولي . المصدر السابق .

(٣) حديث متفق عليه ... يرجع إليه في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٨٨ . الصحيح بشرح الفتح ٥/١٤٦ .

(٤) فكاك : بفتح الفاء ... وكسرها : أي خلاص . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٨٩ . سنن ابن ماجه ٢/٨٤٣ .

(٥) ... لاحمد وأبي داود ـ معناه من رواية كعب بن مرة أو بن كعب السلمي ... المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٨٣ . سنن ابن ماجه ٢/٨٤٣ .

« أَيُّمَا امْرِيءٍ مُسْلِمٍ أَعْتَقَ امْرَأَتَيْنِ مُسْلِمَتَيْنِ كَانَا فَكَاكُهُ مِنَّ النَّارِ يُجْزِيءُ كُلّ عُضْوٍ مِنْهُمَا عُضْواً مِنْه » وأخرج أحمد من[1] حديث كعب بن مُرّة أو مُرَّة بن كعب السلمي نحوه وزاد فيه : « وأَيَّمَا امرأةٍ مُسْلِمةٍ أَعْتَقَتْ امرأَةً مُسْلمَةَ كَانَتْ فَكَاكَهَا مِن النَّارِ يُجْزِيءُ بكُلِّ عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا عضوا من أعضائها » وفي الباب أحاديث ، فالكافر ليس له من الأجر الحاصل بالعتق شيء إلا إذا أسلم من بعد كما في حديث[2] « أَسْلَمْتَ عَلَىَ ما أَسْلَفْتَ مِنْ خَيْرٍ » وهو في الصحيحين وغيرهما من حديث حكيم بن حِزَام وفي صحيح مسلم[3] من حديث ابن مسعود قال قلنا : يا رسول الله أَنُؤَاخذُ بِمَا عَمِلْنَا في الْجَاهِلِيّةِ قال : « مَنْ أَحْسَنَ فِي الإِسْلاَمِ لَمْ يُؤَاخَذْ بِمَا عَمِلَ فِي الجَاهِلِيّةِ وَمَنْ أَسَاءَ في الإِسْلاَمِ أُخِذَ بِالأَوَّلِ وَالآخِرِ » ففيه أن الإساءة في الإسلام موجبة للمؤاخذة بأعمال الجاهلية ، كما أن حديث حكيم بن حزام يدل على أن الإسلام يوجب لصاحبه أن يكتب له ما عمل من أعمال الخير في الجاهلية .

وأما قوله : « ولا تلحق الإجازةُ إلاّ عَقْده » فقد عرفناك غير مرة أنه لا اعتبار بما فعله الفضولي ، وأن الحكم ثبت بإجازة المالك ، وأما كونه لا يلحقه الخيار فلكون المالك مفوضا في ملكه ، فلا وجه لإثبات الخيار له إلا في عتق الكتابة لكونها معاوضة .

فصل

وَلَهُ أَلْفَاظٌ وأَسْبَابٌ ، فَصَرِيح لَفْظِه ما لاَ يحتمِلِ غَيْرَه كالطَّلاقِ نَحْوُيَاً حُرّ . وأَنْتَ مَوْلاَيَ أَوْ وَلَدِي فإنْ أَكْذَبه الشَّرع[4] وثَبتَ العِتقُ لا النَّسبُ والعَقْلُ بَطَلا[5] ، وكِنَايَته

---

(١) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٨٩ .

(٢) مر الحديث من قبل ص ١٦ جـ ٢ ويرجع إليه في المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٩٠ .

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ١/٣٢٣ .

(٤) صورة ما أكذبه الشرع ... أن يقول للعبد أنت ابني ... والشرع يقضي بكذبه بأن يكون مشهور النسب لغيره . شرح الأزهار ٣/٥٦١ .

(٥) إن أكذبه العقل بطل العتق والنسب كان يكون مثله لا يولد لمثله في الصورة السابقة . المصدر السابق .

ما احْتَمله غَيْره كأطْلقتُك ، وهو حُرّ حذَراً مِن القَادِرِ[1] كَالوقفِ إلا الطّلاق وكِنَايَتُه «وبَيْعُك لاَ يَجُوز» وأَنْتَ لِلّهِ ، وأَسْبَابُه مَوْتُ السَّيد عن أُمّ وَلَدِهِ ومُدَبَّرِيه مُطْلَقاً ، وعن أَوْلادِهِمَا الحَادِثِينَ بَعْد مَصِيرِهِمَا كَذَلِكَ ، ولهم قَبْلَه حُكْم الرِّق (غالبا) ومُثول[2] المَالكِ بِهِ بِنَحْو لَطْمٍ فَيُؤمَرُ وَإن لَمْ يُرَافِع فإنْ تَمَرّدَ فالحاكمُ والوَلاَءُ لِلسّيِّـدِ[3] وملك ذي الرّحم المَحْرَمِ لِجَميعـهِ أو بَعْضه فَيَضمْن لِشَريكه إن اختار التّملك مُوسِراً بِغَيْرِ إذنه وإلا سَعَى العَبْدُ ، وانقضاءُ حَيْضَتَي أُمّ ولد الذّمي بعد إِسْلامها إن لم يُسلم فيهما وتَسْعَى ، ودُخول عَبْد الكافر بِغَيْر أَمَانِ دَارِنَا فأَسْلَم قبل أن يُؤخَذَ أَوْ بِأمَانٍ لا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ[4] أو أسلم وهَاجَر لاَ بإِذنِ قَبْلَ إِسلامِ سَيّده وبأمان وإذن بيع وَرُدّ ثَمَنُه[5] .

قوله : « فصل : وله ألفاظ الخ » .

أقول : قد عرفناك غير مرة أن اعتبار ألفاظ خاصة وجعل بعضها صريحاً وبعضها كناية كلام لا يوافق التحقيق ، وليس المراد إلا مجرد الدلالة على ما يريده المتكلم ، ويدل على أنه قد رضي بما أراده من معاوضة بينه وبين غيره أو مجرد صدور شيء عنه لا عن معاوضه ، ولو كان ذلك الدال إشارة من قادر على النطق ، ولا بد في المحتمل للعتق وغيره من الألفاظ أن يريد به العتق ، ويكون القول قوله إذ لا يعرف إلا من جهته فلا حاجة بنا إلى إطالة الكلام على ما ذكره المصنف من الألفاظ .

قوله : « وأسبابه موت السيد عن أم ولده ومدبّره » .

أقول : مراده أن هذا السبب سبب نجاز العتق لأم الولد والمدبر ، وأما السبب الذي تعلق به العتق فهو الاستيلاد في أم الولد وإيقاع التدبير في المدبر ، وقد تقدم الكلام في بيع

---

(١) أن يقول ذلك حذراً من شخص ظالم قادر يأخذه عليه .

(٢) المراد بالمثول ... تمثيل السيد بالعبد كأن يضربه بالحك أو بالشوك .

(٣) أن تمرد السيد عن الاعتاق قام الحاكم بإعتاقه والولاء للسيد . المصدر السابق .

(٤) إذا دخل عبد الكافر دار الاسلام فأسلم قبل أن يؤخذ فإنه يعتق سواء دخل بإذن سيده أم بغير إذنه ... كما يعتق إذا دخل بأمان منا لا بإذن سيده وأسلم قبل أن يظفر به أحد . المصدر السابق .

(٥) إن دخل بأمان منا وإذن من سيده بيع ورد ثمنه ولا يعتق . المصدر السابق .

أم الولد مستوفى في كتاب البيع ، وسيأتي الكلام في جواز بيع المدبر مستوفى في باب التدبير .

وأما قوله : « وعن أولادهما الحادثين بعد مصيرهما كذلك » فلا يخفاك أن هؤلاء الحادثين حدثوا بعد وجود سبب تعلق العتق بهما ، لا بعد وجود سبب نجاز العتق ، فالأولاد إذ ذاك أولاد من لم ينجز عتقه وينفذ تحريره ، فإذا مات السيد لم يكن نجاز عتقهما مقتضيا لعتق أولادهما ، لأنهم وجدوا قبل هذه الحالة ولم يرد ما يدل على هذا الحكم الذي ذكره المصنف بل لهم قبل الموت وبعده حكم الرق .

قوله : « ومثول المالك به الخ » .

أقول : إذا كانت المثلة بقطع شيء من أعضائه فقد ثبت الدليل الصحيح[1] في العبد الذي وَجَبَّ سيدهُ مَذَاكِيره وجَدَعَ أَنْفه أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال له « اذْهَبْ فَأَنْتَ حُرٌّ » وإن كانت المثلة باللطم أو الضرب فقد ثبت في صحيح[2] مسلم وغيره من حديث ابن عمر قال « سَمِعْتُ رسولَ الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول « مَنْ لَطَمَ مَمْلُوكَهُ أَوْ ضَرَبَهُ فَكَفَّارَتُهُ أَنْ يُعْتِقَهُ » فدل هذا على أن تكفير ذلك اللطم أو الضرب يكون بالعتق وليس فيه دلالة على أن العتق حتم على السيد ولا أنه يعتق بنفس المثلة ، وقد قيد الضرب بما في صحيح مسلم[3] بلفظ « مَنْ ضَرَبَ غُلاَماً لَهُ حَدّاً لَمْ يَأْتِهِ فَإِنَّ كَفَّارَتَهُ أَنْ يَعْتِقَهُ » فأفاد هذا أن الضرب الذي كفارته العتق هو ما بلغ حدا لما ورد من أنه لا يحل الجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله ، ومما يؤيد عدم تحتم العتق في اللطم والضرب ما ثبت في صحيح[4] مسلم وغيره من حديث سُوَيد بن مُقرِّن « كُنَّا بَنِي مُقَرِّن على عَهْد

(١) الحديث عن أبي جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبدالله بن عمرو .. أن زنباعاً أبا روح وجد غلاماً له مع جارية له فجدع أنفه وجبه .... الخ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٩٤ .

(٢) الحديث عند أبي داود أيضاً ولفظه عنده عن زاذان ... وهو الكندي مولاهم الكوفي ... رضي الله عنه قال : أتيت ابن عمر رضي الله عنهما وقد أعتق مملوكاً له فأخذ من الأرض عوداً أو شيئاً فقال : ما لي فيه من الأجر ما يسوى هذا : سمعت الحديث . مختصر وشرح وتهذيب السنن ٨/٥٢ .

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ١١/١٢٧ .

(٤) مختصر وشرح وتهذيب السنن ٨/٥٢ . صحيح مسلم ١١/١٢٨ .

رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لَيْسَ لَنَا إلاَّ خَادِمَةٌ وَاحِدَةٌ فَلَطَمَهَا أَحَدُنَا فَبَلَغَ ذَلِكَ النبيَّ صلى الله عليه وآله وسلم فَقَالَ : أَعْتِقُوهَا » وفي رواية[1] أنه قيل لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنّه لاَ خَادِمَ لِبَنِي مُقَرِّن غَيْرُهَا قال : فَلْيَسْتَخْدِمُوهَا ، فإذَا اسْتَغْنَوْا عَنْها فَلْيُخَلّوا سَبِيلَهَا » فأفاد عدم تحتم العتق في الحال وأفاد أنه لا عذر منه عند الاستغناء ، ولكنه حكى النووي في شرح مسلم عن القاضي عياض أنه قال : « أجمع العلماء أنه لا يجب إعتاق العبد بشيء مما يفعله سيده من مثل هذا الأمر الخفيف يعني الضرب الخفيف واللطم ، قال : واختلفوا فيما كثر وشنع من ضرب مبرح منهك أو حرقه بنار أو قطع عضوا له أو أفسده أو نحو ذلك فذهب مالك والأوزاعي والليث إلى عتق العبد على سيده بذلك يكون له ولأولاده ويعاقبه السلطان على فعله ، وقال سائر العلماء لا يعتق عليه » انتهى ، فإذا صح هذا الإجماع كان صَارِفاً لِلأَمر المذكور في حديث سويد بن مُقرّن من الوجوب إلى الندب فيكون الموجب للعتق من المثلة هو ما كان بِقطْع أو جَدْع أو تحريق ، وما عدا ذلك فإن شنع وأنهك فالأمر باق فيه على معناه الحقيقي ، ووقوع الإجماع على أنه لا يوجب العتق فلا صارفَ للأمر عن المعنى الحقيقي .

قوله : « وملك ذي الرحم المحرم » .

أقول : قد ورد من المرفوع بلفظ[2] « مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ فَهُوَ حُرٌّ » ما يشهد بعضه لبعض ويقوى بعضه بعضا ، وعلل ذلك بعلل لا تنافي التعاضد ولا سيما وقد صحح جماعة من الأئمة هذا اللفظ الذي ورد به الحديث ، فلم تبق بعد ذلك معذرة عن العمل به ،

(١) مختصر وشرح وتهذيب السنن ٨/٥٢ . صحيح مسلم ١١/١٢٨ .

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم ١١/١٢٧ .

(٣) الحديث رواه الخمسة إلا النسائي عن الحسن عن سمرة قال ـ قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : الحديث » وفي أبي داود شك في الحسن ... هل هو البصري أم ابن إسماعيل ... وقد أخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه ... قال أبو داود لم يحدث هنا الحديث إلا حماد بن سلمة. وقد شك حماد فيه ... وقال أيضاً : شعبة أحفظ من حماد بن سلمة ... يعني أن شعبة رواه مرسلاً ... وقال الخطابي : أراد أبو داود من هذا أن الحديث ليس بمرفوع أو ليس بمتصل ... وهناك أقوال أخرى في تضعيف الحديث للمنذري والبيهقي والبخاري وعلي بن المديني ... وقد علق الخطابي على الحديث بقوله : ذهب أكثر أهل العلم إلى أنه إذا ملك ذا رحم محرم عتق عليه ... روى ذلك عن عمر وابن مسعود ولا يعرف لهما مخالف في الصحابة وهو قول الحسن وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والزبير والحاكم وحماد ... وهذا يوضح ما أشار إليه الشوكاني من العلل والتعاضد . مختصر السنن ٥/٤٧

فكان ملك ذي الرحم لرحمه أحد أسباب العتق الثابتة شرعا ، وما ذكره المصنف من ضمان الشريك لشريكه صحيح ، فإن كان معسرا أو ملكه بغير اختياره سعى العبد فقد ثبت أصل السعاية بالحديث الثابت في الصحيحين[1] وغيرهما من حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال « مَنْ أَعْتَقَ شِقْصاً لَهُ مِنْ مَمْلُوك فَعَلَيْهِ خَلاَصُهُ في مَالِهِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ قُوِّمَ الْمَمْلُوكُ قِيمَةَ عَدْلٍ ثُمَّ اسْتُسْعِيَ في نَصِيبِ الَّذِي لَمْ يَعْتِقْ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ » .

قوله : « وانقضاء حيضتي أم الولد الخ » .

أقول : هذه المستولدة يسعها ما كان يسع من أسلم من العبيد والإماء في أيام النبوة ، فإنهم كانوا يصيرون أحرارا بمجرد إسلامهم ، ولا يبقى لمن هم في ملكه عليهم يد ولا يخاطبون بسعاية ولا غيرها ، فكيف بهذه المستولدة التي حصل لها قبل إسلامها سبب من أسباب العتق ، فالعجب من إيجاب السعاية عليها لكافر بعد أن عصمها الله بالإسلام ذاتا ومالا وأطلقها من ربقة الرق .

قوله : « ودخول عبد الكافر بغير أمان دارنا الخ » .

أقول : وجه هذا أن أموال أهل الحرب على الإباحة من سبق إلى شيء منها ملكه ، فدخول العبد بغير أمان يكون به ملكا لمن سبق إليه ، فإذا أسلم قبل أن يؤخذ صار حرا بمجرد الإسلام لما قدمنا ، وأما إذا كان دخوله بأمان بإذن سيده فالأمان عصمة تمنع من أن يتملكه أحد ، لكنه إذا أسلم صار حرا بإسلامه وسيأتي تمام هذا البحث في كتاب السير إن شاء الله ، وكان على المصنف أن يجعل الإسلام سببا من أسباب العتق مطلقا .

---

(١) الحديث رواه الجماعة إلا النسائي وقد علق عليه أبو داود بقوله : رواه روح بن عبادة عن سعيد بن أبي عروبة ولم يذكر السعاية ويوضح هذا قول الخطابي اضطرب سعيد بن أبي عروبة في السعاية مرة بذكرها ومرة لا يذكرها ... فدل على أنها ليست من متن الحديث عنده وإنما هي من كلام قتادة وتفسيره .

وللمحدثين كلام طويل في هذا المقام يرجع إليه من شاء في : نيل الأوطار على المنتقي ٦/٩٧ . مختصر السنن للمنذري ٥/٣٩٩ .

فصل

وإذَا الْتَبَس بعدَ تَعْيِينِه في القصْدِ عَمَّ الأَشْخَاصَ فَيَسْعَوْن بِحَسَبِ التَّحْوِيلِ[1] إن لَمْ يُفَرِّطْ كَحُرٍّ بِعَبْدٍ[2] إلا في الكفارة ، ويَصِحّ تَعْلِيق تَعْيِينه في الذِّمة ، ويقع حِين التَّعيين على الأَصح ، فإن مات قبله عم وسَعَوْا كما مَرّ ، وإن مات أو عَتَق أو اسْتُولِد أو بَاعَ أَحَدُهما تَعَيَّنَ الآخرُ ، ويَتَقَيّد بالشَّرْطِ والوَقْتِ ويقَعُ بعدَهُما (م) حالهما والمعَلَّل كالمُطْلَقِ .

قوله : « فصل : وإذا التبس بعد تعيينه الخ » .

أقول : هذه المسألة مبنية على محض الرأي ، وهو أن كل واحد قد صار محتملا لوقوع العتق عليه ، فثبت له بذلك حق فمن هذه الحيثية عمهم العتق جميعا ، ويمكن معارضة هذا الرأي برأي أنهض منه ، فيقال الأصل عدم وقوع العتق ، فيتوقف على هذا الأصل ، ولا يثبت للواحد حق فيه إلا بيقين ، ولا يقين وهو مال الغير معصوم بعصمة الإسلام فلا يخرج عن ملكه بمجرد الاحتمال ، وهذا أصل متفق عليه بخلاف من وقع العتق على جزء منه بيقين فإنه قد صار بعضه حرا وذلك حيث يعتق أحد الشريكين في العبد نصسه وقد دلت الأحاديث على أن الشريك المعتق إذا كان موسرا[3] غرم قيمة نصيب شريكه ، وإن كان معسرا فقد اختلفت الأحاديث في ذلك ففي بعضها أنه يعتق من العبد ما قد عتق ، وهو نصيب الشريك ، ويبقى نصيب[4] الآخر رقاً ، وفي بعضها أن العبد يسعى[5] فإن قلت : إذا كانت هذه المسألة التي ذكرها المصنف هنا مبنية على الرأي وقد عارضته برأي أنهض

---

(١) إذا التبس بين اثنين مثلاً سعى كل واحد منهما في نصف قيمته . شرح الأزهار ٣/٥٦٩ .

(٢) مقصود العبارة أن التباس العتق بعد تعيينه في القصد هو كحر التبس بعبد فإن العبد يعتق وتجب السعاية على الحر وعلى العبد : كل في نصف قيمته . المصدر السابق .

(٣) ما رواه الجماعة والدارقطني الآتي ص ٣٨٦ وما بعد .

(٤) من ذلك حديث ابن عمر السابق وحديث إسماعيل بن أمية عن أبيه عن جده قال : « كان لهم غلام يقال له طهمان ـ أو ذكران ـ فأعتق جده نصفه فجاء العبد إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم ... فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم تعتق في عتقك وترق في رقك فكان يخدم سيده حتى مات . رواه أحمد . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٦/٩٧ .

(٥) يرجع إلى حديث أبي هريرة السابق .

منه فهل من مخلص عن هذين الرأيين بما فيه رائحة دليل يصلح للتمسك به ؟ قلت : قد ثبت عنه صلى الله عليه وآله وسلم في الرجل[1] الذي أعتق سِتَّةَ أَعْبُد له عند موته وليس له مال غيرهم فأقرع بينهم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، فأعتق اثنين ، وأرق أربعة ، كما في حديث ابن عمر عند مسلم وغيره ، وكما في حديث أبي زَيْد الأنصاري عند أحمد وأبي داود والنسائي بإسناد رجاله رجال الصحيح ، فهذه القرعة فعلها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في ستة أعبد قد وقع عتق المالك على كل واحد منهم ، ثم لما لم ينفذ إلا الثلث كان كل واحد منهم قد عتق ثلثه بيقين ، ثم حكم الصادق المصدوق بالقرعة فأرق من أرق وأعتق من أعتق على حسب ما اقتضاه الإقراع بينهم وهذا شرع واضح جاء به الذي جاءنا بما شرعه الله لنا ، وليس بيد من أنكر العمل بالقرعة ، إلا التشبث بالهباء وتأثير الآراء الرجال على الشريعة الواضحة التي ليلها كنهارها ، وكيف لا يثبت مثل هذا الحكم فيمن هو دون هؤلاء الستة الأعبد في استحقاق العتق ، وهو مَن كان واحداً من جماعة وقع عليه العتق ، ثم التبس بهم فلم يعرف من هو الذي وقع عليه العتق ، فإن كل واحد منهم ليس له إلا مجرد احتمال أن يكون العتق واقعا عليه ، فإن الرجوع إلى القرعة في مثل هذا ثابت بالفحوى ، ومن ترك العمل بمثل هذه السنة الواضحة زاعما بأنها مخالفة للأصول فليس لهذه الأصول وجود ، وليست إلا مجرد قواعد لم تدل عليها رواية ولا شهدت لها دراية على أن الرجوع إلى القرعة والعمل بها قد وقع من الشارع في مواضع أخرى ، ومن ذلك أنه كان إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه ومن ذلك ما فعله أمير المؤمنين علي بن أبي طالب رضي الله عنه في الجماعة المتنازعين في ولد الأمة المشتركة بينهم ، فقرره صلى الله عليه وآله وسلم ، واستحسنه وقد تقدم ، فعرفت بهذا أن القرعة شرع ثابت واضح تنقطع به الشبه ، وتثبت به الحقوق ، وإذا تقرر لك هذا عرفت عدم صحة ما تفرع عن كلام المصنف من إيجاب السعاية وما بعدها .

---

(١) عن أبي زيد الأنصاري : « أن رجلاً أعتق ستة أعبد عند موته ليس له مال غيرهم فأقرع بينهم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وأعتق اثنين وأرق أربعة » . وعند أبي داود : « لو شهرته قبل أن يدفن لم يدفن في مقابر المسلمين » . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٤٨ .

قوله : « ويصح تعليق تعيينه في الذمة الخ » .

أقول : وجهه أنه أوقع العتق مجملا وعلق التعيين بوقت مستقبل ، فلا يعرف من وقع عليه العتق على التعيين إلا بالتعيين ، فهذا هو معنى كونه يقع حين التعيين ، وإن كان الإيقاع سابقا له ولكن لا حكم لهذا الإيقاع المجمل أي لا يترتب عليه شيء من أحكام الحرية .

وأما قوله : « فإن مات قبله عم » فلا وجه له بل الحق أنه يُقرع ويعتق من عينته القرعة ولا سعاية .

وأما قوله : « وإن مات » فوجهه أنه لم يبق محلا للتعيين إلا الحي ، وهكذا إذا أعتق أحدهما أو أستولده أو باعه فإن صدور أحد هذه الثلاثة الأمور تدل على أختياره لتعيين العتق فيمن لم يعتقه أَوْ لَمْ يَبِعْه أو لم يستولده ، وأما كونه يتقيد بالشرط والوقت فظاهر لأن المالك محكم في ملكه ، ولا حجر عليه ولا يقع إلا بعد حصول الشرط أو حضور الوقت لأن ذلك هو نفاذ اللفظ ، وأما كون المعلل كالمطلق فظاهر لأنه لم يكن في التعليل ما يشعر بالتقييد .

فصل

فَمَنْ قال اخْدمْ أَوْلاَدِي في الضَّيْعَةِ عَشْراً ثُمَّ أَنْتَ حُرٌّ بطل بِبَيْعِهِ أَحَدَهُما[1] ، إلا الوَرَثَة وإلاَّ عَتَق بِمضيّ ما عُرِف تَعْليقه به من المدّة أَوْ خِدْمَتِهم قَدْرها ، ولو في غَيْرْ الضَّيْعةِ ، ومُفَرَّقَةَ[2] ، ومن مات فأولادُه فَقَطْ[3] ، وإن جُهِل قَصْده فَبِالمُدّة فيَغْرم أُجْرة ما فَوّت

(١) أحدهما الضيعة أو العبد .

(٢) مفرقة : ولو كانت الخدمة مفرقة .

(٣) من مات من أولاد الموصي فأولاده هم المستحقون لنصيبه من الخدمة فقط دون غيرهم . شرح الأزهار ٣/٥٧٥ .

وقيل بالخِدْمَةِ[1] فيعْتَقُ بِهبَةِ جَمِيعِهَا لاَ بَعْضِهَا ، لكن يُحَاصّ[2] في البَاقي وحُكْم الرِّقّ بَاقٍ لِلْوَاهب حَتّى يسْتَتِمّ[3] فإن مات قَبْله أخذ كَسْب حِصَّتِه ، وإذا أعْتَقه مِنْهم مُوسِرٌ غَرِم قِيمَتَه ، ومُعْسِر سَعَى العَبْدُ والأَيَّام للأسبوع ، وأكثرها لِسَنَة وأياماً لِعَشْر ، وقليلةٌ لِثلاث وكثيرةٌ لِسَنة ، وكلٍ مملوكٍ لِمَنْ لم يَنْفذ عِتْقه وأولـ مَنْ تلد لأول بَطْن . ولِلِ نّيتُه في كل لَفْظ احْتَمَلَها بِحَقِيقَته أَوْ مَجَازِه .

قوله : « فصل : ومن قال أخدم أولادي في الضَّيعة عشرا ثم أنت حر الخ » .

أقول : قد أوقع العتق مرتبا على فعل الخدمة ، ففي صحة بيعه منه نظر ، لأن هذا العبد قد صار له حكم المكاتب ، وسيأتي في الكتابة أن العوض يصح أن يكون مؤجلا ، ولا فرق بين تعليق العتق بتسليم مال أو بمنفعة لأن القصد قد تعلق في كل واحد من العتقين بعوض ، فالمكاتب لا يعتق إلا بتسليم مال الكتابة ، وهذا لا يعتق إلا بالخدمة ، ولا يصح أن يقال إن هذا من باب الوصية ، والرجوع عنها قبل الموت صحيح ، لأنا نقول هذا عتق معلق على حصول عوض فصار للعبد به حق ، وعلى تسليم أنه يقصر حكمه عن حكم الكتابة لإيقاع الكتابة في الحال فليس هذا بمنزلة دون منزلة المدبر ، فإنه علق عتقه بالموت ، وثبت له بذلك حق يمنع من بيعه إلا لفسق أو ضرورة كما سيأتي .

وأما قوله : « لا الورثة » فوجهه أن ذلك التعليق قد نفذ بموت المالك كما تنفذ الوصية بموت الموصي بناء على أن لهذا العتق حكم الوصية وفيه ما قدمنا .

وأما قوله : « وإلا عتق بمضي ما عرف تعليقه من المدة » فلا وجه له لأن تلك المدة إنما هي ظرف للخدمة والمقصود هو الخدمة ، ولكن في ذلك الزمان ، وذلك المكان ، فلا يعتق إلا بإيقاع الخدمة عشر سنين في تلك الضيعة ، وليس هذا من الأوصاف الطَّردية ، فإنه ربما تعلق به غرض للمعتق يوجب اعتباره ، إلا أن يعرف من قصده أنه لا يريد إلا

(١) قيل بالخدمة أي لا يعتق حتى تقع الخدمة في قدر هذه المدة .

(٢) يحاص في الباقي : يخدم الباقين بقدر حصصهم .

(٣) حتى يستتم الخدمة .

مجرد إيقاع الخدمة قدر تلك المدة في أي مكان ، وأما كون نصيب من مات من الأولاد لورثته فظاهر لأنهم يستحقون كل ما كان لمورثهم من الأموال والحقوق .

وأما قوله : « فإن جهل قصده فبالمدة » فلا وجه له ، وكيف يجهل قصده بعد تصريحه بالخدمة في المدة المقررة في المكان المعين قصده وهو ما أفاده كلامه هذا ، فيجب الحمل عليه حتى يظهر من قصده ما يخالفه وهذا يغنيك عما ذكره المصنف إلى آخر البحث ، والأصل في هذا البحث حديث[1] سُفَيْنَة قال « أَعْتَقَتْنِي أُمّ سَلَمَةَ وشَرَطَتْ عَلَيَّ أَنْ أَخْدُمَ رسولَ الله صلى الله عليه وآله وسلم مَا عَاشَ » أخرجه أحمد والنسائي وابن ماجه وأبو داود .

قوله : « والأيام للأسبوع » .

أقول : « أفعال » هو من مجموع القِلّة فيصدق بثلاثة أيام ، وتعريفه يدل على عهد ذهني أو خارجي ، فإن كان كذلك كان العمل على ما هو معهود للمتكلم ، وإن لم يكن كذلك فلا وجه لحمله على الأسبوع إلا إذا قصدهُ المتكلم .

وأما قوله : « أياما » فظاهر أنه يصدق على ثلاثة أيام لغة ، والظاهر عدم الزيادة كما هو شأن جموع القلة فلا وجه لقوله « وقليله لثلاث » لأن هذا هو مدلول اللفظ من غير وصف له بالقلة .

وأما قوله : « وكثيره لسنة » فالظاهر أن هذا الوصف يصدق بمجرد وجود الزيادة على ثلاثة أيام الذي هو مدلول هذا الجميع فإن قصد المصنف رحمه الله ما تدل عليه لغة العرب فهو ما ذكرنا ، وإن كان بصدد بيان أعراف فإن ثبت للمتكلم عرف حمل كلامه عليه وإلا فلا .

---

(١) في لفظ عند أبي داود من حديث سفينة أبي عبد الرحمن : « كنت مملوكاً لام سلمة فقالت : أعتقك وأشترط عليك أن تخدم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ما عشت فقلت لو لم تشترطي على ما فارقت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ما عشت فأعتقني واشترطت علي » . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٦/٩١ .

قوله : « وكل مملوك لمن لم ينفذ عتقه » .

أقول : هذا هو ظاهر هذا اللفظ العام لصدقه على كل من يصدق عليه أنه مملوك ، ولكن الظاهر أن القائل بهذه المقالة لا يقصد من قد حصل له سبب من أسباب عتقه .

وأما قوله : « وأول من تلد لأول بطن » فالظاهر أنه لا يتناول إلا أول من وضعته إذا كان في بطنها أكثر من واحد ، فإن الثاني لا يصدق عليه لفظ أول إلا أن يكون له قصد فالعمل على القصد .

وأما قوله : « وله نيته في كل لفظ » الخ فظاهر لأن النيـــة هي التي تدور عليها الأحكام ، ولا بد مما ذكره المصنف من الاحتمال لأنه لو ادعى ما لا يحتمله لفظه لكان مدعيا خلاف الظاهر ، فلا يقبل بمجرد الدعوى .

فصل

وَيَصِحُّ بعوضٍ مَشْروطٍ فلاَ يَقَع إلا بِحصولِهِ ، ومَعْقودٍ لاَ عَنْ صَبِيّ ونَحْوِه فيقع بالقَبُول ، أو مَا في حُكْمِه في المَجْلس قَبْل الإعْرَاضِ ، فإنْ تعذَّر العِوَضُ وهو منفعة أو غَرَض فَقِيمةُ العَبْد أو حِصّة ما تعذَّر ، وبِتَمْلِيكه جُزْءاً من المال ، إنْ قَبِلَ[1] لا عَيْناً إلاّ نَفْسَه أَوْ بَعْضَهَا وبالإيصَاءِ له بذلك[2] أوله وللغَيْر مُنْحَصِراً أَوْ حِصّتَه[3] وبشهادةِ أَحَدِ الشَّرِيكين على الآخر بِهِ قِيل إن ادَّعَاهُ ويصحّ في الصِّحةِ مَجَّاناً ، ولو عُلِّق بآخرِ جُزْءٍ مِنْهَا ، وله قَبْلَه الرّجوع فِعْلا لا لَفْظاً وينفذ من المَرِيض ولَوْ مُسْتَغْرِقاً ، ومِنَ غَيْر المُسْتَغْرِق وَصِيَّة ، ويَسْعَى حَسبَ الْحَالِ فِيهِمَا .

---

(١) يعتق العبد بتمليكه جزءاً من المال إن قبل التمليك لأنه بذلك يصير العبد مالكاً لجزء من نفسه . شرح الأزهار ٣/٥٨٢ .

(٢) إذا أوصى لعبده بجزء من ماله أو بنفسه أو بعضها صحت الوصية وعتق العبد بهذه الوصية وكذلك لو أوصى له وللغير بجزء من ماله فإن العبد يعتق إذا كان ذلك الغير منحصراً . المصدر السابق .

(٣) أو كانت حصته منحصرة .

قوله : « فصل : ويصح بعوض مشروط الخ » .

أقول : هذا مما لا ينبغي أن يقع فيه خلاف ، وقد كان السّلف يعتقون مماليكهم على هذه الصفة فيقول أحدهم لعبده إن فعلت كذا فأنت حر ، إن أدركت كذا أنت حر ، إن لم يفتك كذا ، وبالجملة سواء كان العوض مالا أو منفعة فالأصل الصحة ، وأما الصبي ونحوه فقد عرفت أنه لا يصح تصرفهما ، ولا تصرف الوليّ عنهما إلا لمصلحة وإذا تعذر العوض المجعول في مقابلة العتق فإن عرف من القصد أن المراد تسليمه أو ما يماثله أو قيمته كان الرجوع إلى المثل أو القيمة هو الواجب ، وإن لم يعرف ذلك لم يقع العتق إلا بالعتق المعين ويبطل بتعذره .

قوله : « وبتمليكه جزءا من المال مشاعا » .

أقول : عتقه بهذا السبب ظاهر ، لأنه من المال ، فإذا ملكه جزءا منه فقد ملكه جزءا من نفسه ، وبتملكه جزءا من نفسه يصير مالكا لبعضه ، فيسري العتق إلى البعض الآخر منه ، كما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه وما ذكره من اعتبار القول لا بد منه ، لأنه لا ينتقل الملك من مالك إلى مالك إلا بوقوع التراضي منهما .

وأما قوله : « لا عينا » فلا حاجة إليه إذا كانت العين غيره لأنه لا يكون ذلك عتقا ، ولا يقول به قائل ولا سبق إليه فهم وأما إذا كانت العين نفسه فلا حاجة إلى ذكر ذلك أيضا ، لأنه إذا عتق بتمليكه نفسه أو بعضها [كان ذلك] ثابتا بفحوى الخطاب ، وهكذا يعتق بالإيصاء له بالجزء المشاع أو بتمليكه نفسه أو بعضه ، كما لو دبره بعد موته ، ولكن لا بد أن يكون السيد عالما بأن هذا التمليك أو الإيصاء يحصل به العتق للعبد ، أما لو لم يكن عالما بذلك فلا يعتق أصلا لما عرفناك غير مرة من أن الرضا معتبر في كل معاملة ، ولا رضا ممن يجهل ما يستلزمه لفظه .

قوله : « وبشهادة أحد الشريكين على الآخر به » .

أقول : هذا لا وجه له من شرع ولا عقل ولا رواية ولا دراية ، بل لا بد من كمال

المناط الشرعي ، وذلك بأن يشهد معه شاهد آخر ، أو يُكمل المدعي للعتق بيمينه ، وكون الشريك شهد بما يضره لا يستلزم أن يقبل فيما يضر شريكه على أنه لا ضرر عليه ها هنا ، لأن القيمة ستلزم شريكه أو يسعى بها العبد ، وإلا فقد عتق من العبد ما عتق كما جاءت بذلك الأحاديث الصحيحة ، والحاصل أنه لا وجه لجعل هذه الشهادة بمجردها سببا من أسباب العتق ، وكان على المصنف أن يذكر هذا السبب والذي قبله في أسباب العتق التي تعرض لذكرها في أول هذا الكتاب .

قوله : « وينفذ في الصحة مجانا » .

أقول : وجهه ظاهر لأنه تصرف مالك في ملكه مع وجود المقتضى ، وعدم المانع وهذا من الظهور بمكان يغني عن تدوينه في المختصرات ، وهكذا يصح التعليق بآخر جزء من اجزاء صحته ، ولا وجه لصحة الرجوع لا فعلا ولا لفظا ، لأنه قد أوقع العتق ، ومجرد تعليقه لا يصلح مسوغا للرجوع عنه ، وليس هذا من باب الوصية حتى يقال فيه ما قيل فيما تقدم في فصل خدمة الأولاد ، وأما كونه ينفذ من المريض فظاهر لأن ملكه لم يخرج عنه فله أن يتصرف به كيف شاء ما لم يجاوز الثلث ، فإن جاوزه رد إلى الثلث كما فعله رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فيمن أعتق[1] ستة أعبد لم يكن له من المال سواهم ، وقد تقدم ، ومعلوم أن هذا العبد المعتق حال المرض إذا كان يخرج كله من الثلث أو يخرج بعضه منه صار حرا بذلك ، وأما على تقدير أن التركة مستغرقة بالدين فذلك مانع من تصرف المالك فيها بوجه من الوجوه ، لأنه بمثابة الحجر له إلا أن يرضى أهل الدين بالسعاية من العبد .

---

(١) يراجع حديث ابن عمر وأبي زيد الأنصاري ص ٣٧٦ .

فصل

وَلاَ يَتَبَعَّضُ (غَالِباً[1]) فَيَسْرِي وإلَى الْحَمْلِ لاَ الأُمِّ[2] ويسعَى لِشَرِيك المُعْتِق إلا أَنْ يعتِقه مُوسِرٌ ضَامِنٌ ، ومن أَعْتق أُمّ حَمْلٍ أَوْصَى بِهِ ضَمِنَ قِيمَتَهُ يَوْم وَضْعِه حَيّاً فَقَطْ إلا لِلشَّرِيك في الأم فيتَدَاخلان .

قوله : « فصل : ولا يتبعض » .

أقول : اختلفت الأحاديث في هذا ففي بعضها في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال [3] « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ في عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ قُوِّمَ عَلَيْه العَبْدُ قِيمَةَ عَدْلٍ فَأَعْطَى شُرَكَاهُ حِصَصَهُمْ وعَتَقَ عَلَيْه الْعَبْدُ وإلاَّ فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ » فهذا الحديث يدل على أن السراية إلى نصيب الشريك إنما تثبت مع وجود مال الشريك المعتق يمكن منه غرامة قيمة نصيب الشريك وإذا لم يكن له مال فلا سراية ويعتق نصيب المعتق ويبقى نصيب شريكه رقا وفي لفظ في الصحيحين[4] وغيرهما من هذا الحديث « مَنْ أَعْتَقَ عَبْداً بَيْنَهُ وبَيْنَ آخرَ قُوِّمَ عَلَيْهِ في مَالِهِ قِيمَةَ عَدْلٍ لاَ وَكْسَ وَلاَ شَطَطَ ثُمَّ عَتَقَ عَلَيْهِ في مَالِهِ إنْ كَانَ مُوسِراً » وفي الصحيحين[5] ألفاظ مصرحة بتقييد وقوع العتق بِكَوْن الشّريك موسرا وهي تفيد أنه إذا كان معسرا فلا يعتق إلا نصيب الموقع للعتق ، وثبت في الصحيحين وغيرهما من حديث أبي[6] هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مَنْ أَعْتَقَ شِقْصاً لَهُ مِنْ مَمْلُوك فَعَلَيْهِ خَلاَصُهُ في مَالِهِ فَإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ قُوِّمَ المَمْلوكُ قِيمَةَ عَدْلٍ ثُمَّ اسْتُسْعِيَ في نَصِيبِ الَّذي لَمْ يَعْتِقْ غَيْرَ مشْقُوقٍ عَلَيْهِ » فأفاد هذا الحديث أنه إذا كان الشريك الذي أوقع العتق معسرا عتق العبد كله وسعى العبد في نصيب

---

(١) احترز من أن يكون بعض العبد موقوفاً فإنه إذا أعتق النصيب غير الموقوف عتق ولم يعتق القدر الموقوف . شرح الأزهار ٣/٥٨٧ .

(٢) من أعتق أمة وهي حامل وجب أن يسري العتق إلى الحمل ويقفان جميعاً أما إذا أعتق الحمل فإن العتق لا يسري إلى الأم . المصدر السابق

(٣) الحديث رواه الجماعة والدارقطني وزاد : « ورق ما بقي » . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٦/٩٦ .

(٤) حديث متفق عليه . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٦/٩٦ .

(٥) يرجع إلى حديث الباب في المنتقى بشرح نيل الأوطار ٦/٩٧ .

(٦) الحديث رواه الجماعة إلا النسائي وقد مر التعليق ص ٣٧٦ .

الشريك الآخر ، فالجميع بين هذه الأحاديث الثابتة في الصحيحين وما ورد في معناها خارج الصحيحين أن الشريك الموقع للعتق إن كان موسرا ضمن قيمة نصيب الشريك من ماله ، وإن كان معسرا فإن كان العبد قادراً على السعاية واختار ذلك عتق جميعه وسعى ، وإن لم يكن قادراً على السعاية أو أبى أن يسعى فقد عتق منه ما عتق ، وهو نصيب الذي أعتقه ، ويبقى نصيب الآخر رقا ، وليس في هذا ما يقتضي المنع منه من شرع ولا عقل ، وإنما قلنا إنه يعتبر رضاء العبد بالسعاية جَمْعاً بين حديث السعاية وبين حديث « وإلا فَقَدْ عَتَق مِنْهُ مَا عَتَق » فإذا رضي العبد ببقاء بعضِهِ قِنّاً ثم يجبر على خلاص نفسه بالسعاية عليه ، لأن ذلك أمر نفعة له ، فإذا اختار تركه لم يجبر عليه ، كما تدل عليه قواعد الشرع ، ولا سيما وهو يتمسك ها هنا بسنة صحيحة ثابتة ، وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم « وإلاّ فقد عتق منه ما عتق » ومن شك في ثبوتها فشكه مدفوع مرفوع بترجيح الأئمة من الرواة لثبوتها ورفعها ، وقد أوضحت الكلام فيما قاله الحفاظ في زيادة « وإلا فقد عتق منه ما عتق » وفي زيادة ذكر الاستسعاء للعبد في شرحي للمنتقي[1] فليرجع اليه .

قوله : « وإلى الحمل » .

أقول : لا دليل يدل على هذه السراية ، فإن كان الدليل القياس على سراية عتق الجزء المشاع إلى الباقي فليس هذا كذلك فإن هذا جزء منفصل وإن كان إيقاع العتق على الأم متصلا فاتصاله إنما هو الإيصال الكائن بين الظرف والمظروف وليس لذلك اعتبار وعلى هذا فلا حاجة إلى قوله ومن أعتق أم حمل الخ .

---

(١) نيل الأوطار على المنتقي ٦/٩٨ وما بعدها .

باب والتدبير

يَصِحّ من الثلث بِلَفْظِهِ كدبَّرتُكَ وبتَقْيِيد العِتْق بِالْمَوْتِ مُطْلَقاً مُفْرَداً لاَ مَعَ غَيْرِهِ إن تعقّب الغَيْرُ[1] ، قيل فَوَصِيّة تَبْطُل بالاسْتِغْرَاق .

قوله : « باب والتدبير يصح من الثلث » .

أقول : وجه هذا « المُدَبَّرُ حُرٌّ مِنَ الثُّلُثِ » ولكنه لم يثبت دفعه من طريق يقوم بها الحجة والحفاظ قد جزموا بأنه موقوف والموقوف لا حجة فيه ، ويمكن أن يقال إن التدبير لما كان مضافا إلى [ما] بعد الموت كان له حكم الوصية ، وهي في هذه الصورة نافذة من الثلث ، وقد قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم[2] « الثُّلُثُ والثُّلُثُ كَثِيرٌ » ويؤيد ذلك حديث الأعبد[3] الستة المتقدم ذكره فإن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نفذ عتق الثلث منهم بالقرعة حيث لم يكن للمعتق مال سواهم .

قوله : « بلفظه كدبرتك أو أنت مدبر » .

أقول : هذا ظاهر وهكذا تقييد العتق بالموت مطلقا ، لأنه معنَى التدبير ، فلا فرق بينه وبين قوله دبرتك ، وأما إذا قيده بموته وحصول شيء آخر معه ، وتأخر ذلك الآخر فجزم المصنف بأنه لا يصح ذلك ، لأنه قد صار ملكا للورثة بموته ، ولا وجه لهذا ، فإن

---

(١) إذا قيد العتق بالموت مع شرط آخر غيره فإنه لا يكون تدبيراً إن تعقب ذلك الغير أي سبقه موت السيد . شرح الأزهار ٣/٥٩٠ .

(٢) تقدم ذكر الحديث ص ٣٠١ .

(٣) تقدم ذكر الحديث ص ٣٧٦ .

هذا وصية بالعتق وله حكمها عند المصنف ، وغيره وكان عليه أن يقرر هذا ويختاره كما قرره فيما سبق ، وقد قدمنا ما يرشد إلى ما هو الصواب .

فصل

ولا تُبْطِلهُ الكِتَابَةُ وقَتْل مَوْلاَه ويَحْرُم بَيْعُه إلاَّ لِفِسْقٍ أَوْ ضَرُورَةٍ فيطيبُ للشَّرِيك حِصَّته ولَوْ مُوسِراً فإنْ زالاَ وفُسِخَ بِحُكْم أَوْ قَبْل التَّنْفِيذ حَرُم ، ويَسْرِي إلى مَنْ وُلِدَ بَعْدَه ، ويُوجِبُ الضَّمَانَ ، فَمَنْ دَبَّره اثْنَان ضَمِنَه الأول إن تَرَتَّبَا وإلاّ سَعَى لِمَنْ تَأَخَّرَ مَوْتُه ، ولَهُ قَبْل المَوْتِ حُكْمُ الرِّقّ إلاَّ في البَيْع .

قوله : « فصل : ولا تبطله الكتابة » .

أقول : قد صار العبد مستحقا للحرية بالتدبير وهو عتق مقيد بالموت فليس للسيد أن يجبره على الكتابة فإن اختار ذلك فمن نفسه لأنه رضي بحمل مؤنة مال الكتابة وقد كان عنها في سعة وحينئذٍ يعتقه بالسبب الأسبق وقد أخرج البخاري في التاريخ[1] عن محمد بن قيس ابن الأحنف عن أبيه عن جده « أنه أَعْتَقَ غُلاَماً له عن دُبُرٍ وكَاتَبَهُ فَأَدَّى بَعْضاً وَبَقِيَ بَعْضٌ ومَاتَ مَوْلاَهُ فَأَتَوْا ابْنَ مَسْعُودٍ فقال : ما أَخَذَ فَهُوَ لَهُ ومَا بَقِيَ فَلاَ شَيْء لَكُمْ » .

وأما قوله : « وقتل مولاه » فوجهه ظاهر لأن القتل لا يرفع التدبير الذي وقع عليه ، واستحق الوفاء به والمعصية بالقتل لا تبطل ذلك كما لم تبطله سائر المعاصي ، والقياس على الميراث قياس مع الفارق .

قوله : « ويحرم بيعه إلا لفسق أو ضرورة » .

أقول : استدل القائلون بتحريم بيعه بما أخرجه الشافعي[2] والدارقطني والبيهقي عن ابن عمر مرفوعاً : « المدَبَّرُ لا يُبَاعَ وَلاَ يُوهَبُ وهُو حُرٌّ من الثُّلِثُ » وفي إسناده عِبَيدة

(١) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٠١ . التاريخ الكبير .

(٢) الأم للشافعي ٧/٣٥٠ . نيل الأوطار على المنتقي ٦/١٠١ .

ابن حَسّان[1] وهو منكر الحديث ، والحُفاظ يقِفونه على ابن عمر ، وقال الدارقطني في العلل : الأصح وقفه ، وقال العُقَيلي : لا يعرف إلا بعلي بن ظَبْيان[2] وهو منكر الحديث ، وقال أبو زرعة : الموقوف أصح ، وقال ابن القطان : المرفوع ضعيف ، وقال البيهقي : الصحيح موقوف وقد روى عن علي ونحوه موقوفاً عليه وعن أبي قُلاَبَة[3] مرسلا « أَنَّ رَجُلاً أَعْتَقَ عَبْداً لَهُ عَنْ دُبُرٍ فَجَعَلَهُ النبي صلى الله عليه وآله وسلم مِنَ الثُّلُثِ » ولا يخفاك أن مثل هذا لا ينتهض للاستدلال به على التحريم للبيع لأن المرفوع لم يصح والموقوف لا حجة فيه لكن لما كان السيد قد أوقع العتق للعبد مقيدا بموته كان هذا هو المانع من البيع لأنه قد أخرجه عن ملكه إخراجا مقيد بوقت ، فليس له أن ينقض ما أبرمه ، وأماتسويغ بيعه للفسق فليس في هذا إلا ما أخرجه الشافعي[4] والحاكم والبيهقي عن عائشة « أَنَّهَا بَاعَتْ مُدَبَّرَتَهَا الّتِي سَحَرَتْهَا » وهذا لا تقوم به حجة لأنه فعل صحابي وأيضا السحر كفر فتلك المدبرة قد صارت كافرة بما فعلته من السحر وأما جواز بيعه للضرورة فلما ثبت في الصحيحين[5] وغيرهما من حديث جابر « أَنّ رَجُلاً أَعْتَقَ غُلاَماً لَهُ عَنْ دُبُرٍ فَاحْتَاجَ فَأَخَذَهُ النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال : مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنِّي فَاشْتَرَاهُ نُعَيْم بن عبدالله بكذا وكذا فَدَفَعَهُ إِلَيْهِ » فهذا دليل على جواز البيع للحاجة ، ومما يدل على أن البيع لأجلها تولي النبي صلى الله عليه وآله وسلم للبيع فإن ذلك يفيد أن المدبر للعبد قد أنهى الأمر إليه وشكا إليه حاجته إلى بيعه ، ولكنه شك في الجواز مع التدبير فأستفتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فباعه ، ولولا ذلك لم يبلغ الأمر إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم ويؤيد هذا ما وقع في رواية للنسائي[6] من هذا [illegible] أَنَّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم بَاعَهُ بِثَمَانِمِائَةِ

---

(1) الميزان ٣/٢٦ .
(2) الميزان ٣/١٣٤ .
(3) نيل الأوطار على المنتقي ٦/١٠٢ . السنن الكبرى
(4) نيل الأوطار على المنتقي ٦/١٠٢ السنن الكبر [illegible]
(5) حديث متفق عليه يرجع إليه في المنتقى بشرح نيل الا[illegible] طرق كثيرة وبألفاظ متنوعة . سنن النسائي .
(6) لفظ الحديث كما في المنتقي : « أعتق رجل من الأنصار [illegible] وكان محتاجاً وكان عليه دين فباعه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ... الحديث » أخرجه أيضاً الأربعة وأبو [illegible] - المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٠١ .

دِرْهَمٍ فَأَعْطَاهُ فقال : اقْضِ دَيْنَكَ وَأَنْفِقْ عَلَى عِيَالِكِ » فإن هذا يدل على أن البيع لحاجة قضاء الدين والنفقة على العيال ، فلا يجوز إلحاق البيع لغير حاجة بالبيع لحاجة لوجود الفارق ، وقد ذهب إلى عدم جواز البيع مطلقا الجمهور ، كما قال النووي ونقله البيهقي في المعرفة عن أكثر الفقهاء والحديث يرد عليهم .

وأما قوله : « وتطيب للشريك حصته ولو موسراً ففيه نظر فإن تسويغ البيع للشريك المحتاج لا يستلزم تسويغه للشريك الموسر ، لكن لما كان عتق الشريك يسري إلى نصيب شريكه بالأدلة المتقدمة ، وكان ضمان السراية على الشريك إن كان موسرا ، وإلا سعى العبد كان الأمر هنا هكذا ، فلا يطيب له ما يدفعه المشتري بل يطيب له ما يغرمه الشريك أو سعى به العبد .

وأما قوله : « فإن زالا » الخ فصحيح لأن العبد المدبر قد عدم المقتضي لبيعه ووجد المانع منه .

وأما قوله : « ويسري » فصحيح لأن السابق بالتدبير قد أوقع العتق مقيدا فيضمن للشريك إن كان موسرا ويسعى العبد إن كان معسرا إذا اختار العبد ذلك على ما تقدم تقريره ، وهكذا من دبره اثنان ضمنه الأول إن ترتبا وإلا سعى العبد لمن تأخر موته لأنه عتق بموت الأول ، لكن ينبغي أن يقال : إن الأول موتا يضمن من تَركته فإن كان فقيرا سعى العبد إن اختار ذلك وإلا فلا يعتق إلا نصيب مَنْ تقدم موتُه ، ويبقى نصيب الآخر رِقّاً حتى يموت فيعتق ، جمعا بين الأدلة كما تقدم ، وأما كون للمدبر قبل الموت حكم الرق فوجهه ظاهر ، لأنه لم يجعل عتقه مقيدا بالموت إلا لأجل الانتفاع به قبل الموت ، وأما استثناء البيع فللدليل المتقدم ، وهكذا سائر التصرفات .

باب الكتابة

قوله : « باب الكتابة » .

أقول : ذهب الجمهور إلى أنها غير واجبة وذهبت الظاهرية إلى أنها واجبة ونقله ابن[1] حزم عن مسروق والضحاك وزاد القرطبي[2] معهما عكرمة ، وهو قول للشافعي ، واختاره ابن جرير الطبري ، وحكاه المصنف في البحر عن عطاء وعمرو بن دينار ، وقال اسحق بن راهوية : إنها واجبة إذا طلبها العبد .

احتج القائلون بالوجوب بقوله سبحانه[3] (فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً) وأجاب الجمهور عن الاستدلال على الوجوب بهذه الآية بأجوبة منها ما قاله الإصْطخري إن القرينة الصارفة للأمر المذكور في الآية هو الشرط المذكور[4] في آخرها وهو قوله (إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً) فإنه وكل الاجتهاد في ذلك إلى المولى ، ومقتضاه أنه إذا رأى عدمه لم يُجبر عليه فدل على أنه غير واجب ، ومنها ما قال غيره إن الكتابة عقد غرر فكان الأصل أن لا

---

(١) فتح الباري على الصحيح ٥/١٨٦ .

(٢) قسم القرطبي المكاتبة في الشرع إلى حالتين :

الأولى : أن يطلبها العبد ويجيبها السيد فهذا مطلق الآية وظاهرها .

الثانية : أن يطلبها العبد ويأباها السيد وفيها قولان : الأول لعكرمة وعطاء ومسروق وعمرو بن دينار والضحاك بن مزاحم وجماعة من أهل الظاهر أن ذلك واجب على السيد ... وقال علماء الأمصار لا يجب ذلك ... ثم ساق دليل كل في شرحه للآية ٣٣ من سورة النور . ويراجع أيضاً فتح الباري على الصحيح ٥/١٨٦ .

(٣) استندوا إلى مطلق الأمر في الآية « ٣٣ من سورة النور » .

(٤) يقول القرطبي في ذلك موضحاً حجة من قال بعدم الوجوب : قولهم مطلق الأمر يقتضي الوجوب صحيح ... لكن إذا عري عن قرينة تقتضي صرفه عن الوجوب وتعليقه هنا بشرط علم الخير فيه فعلق الوجوب على أمر باطن وهو علم السيد بالخيرية ... وإذا قال العبد كاتبني وقال السيد لم أعلم فيك خيراً وهو أمر باطن فيرجع فيه إليه ويعول عليه وهذا أقوى في بابه . القرطبي في شرح الآية ٣٣ من سورة النور .

يجوز فلما وقع الإذن فيها كان أمرا بعد منع والأمر بعد المنع للإباحة ، ومنها ما قاله القرطبي إنه لما ثبت أن رقبة العبد وكسبه ملك لسيده دل على أن الأمر بالكتابة غير واجب لأن قوله خذ كسبي وأعتقني يصير بمنزلة أعتقني بلا شيء ، وذلك غير واجب اتفاقا وقد أجيب بأجوبة غير هذه والحق أن الآية قد دلت على وجوب الكتابة مع تعلم السيد بالخير في عبده وقد عمل بهذه الآية عمر بن الخطاب كما في صحيح البخاري(1) عن موسى بن أنس « أَنَّ سيرينَ سَأَلَ أَنَسَ بنَ مَالِكٍ المُكَاتَبَةَ وكانَ كَثِيرَ المَالِ فَأَبى فَانْطَلَقَ إلىَ عُمَرَ فَقَال : كَاتِبْهُ فَأَبى . فَضَرَبَهُ بالدُّرَّةِ وتَلَى عُمرُ (فَكَاتِبُوهُمْ إنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً) .

فصل

يُشْتَرطُ في المُكَاتب التَّكْلِيفُ ومِلْك في الرَّقَبَة ، والتَّصَرّفُ وفي المَمْلُوكِ التَّمْييزُ وفيها لَفظُها والقَبُول في المَجْلِس بالتَّرَاضي ، وذِكْرُ عِوَضٍ لَهُ قِيمَةٌ وإلاَّ بطلَتْ مَعْلُومٍ كَالْمَهْر(2) يَصِحّ تَمَلّكه مُؤَجّلٍ مُنَجَّمٍ لَفْظاً ولَوْ عَجّلَ وَإلاَّ فَسَدَتْ(3) فيُعَرَّضِ للْفَسْخ ويَعْتقُ بالأَدَاءِ وتَلْزَمُ القِيمَةُ .

قوله : « يشترط في المكاتب التكليف » .

أقول : وجه ذلك أنها عقد معاوضة ، والصبي ، والمجنون غير جائزي التصرف ، وهكذا يشترط كونه مالكا للرقبة ، لأن صحة العتق وقبض العوض عنه مترتبة على صحة الملك .

وأما قوله : « وفي المملوك التمييز » فلا وجه له بل لا بد أن يكون مكلفا جائز التصرف ،

---

(1) الصحيح بشرح الفتح ٥/١٨٤ . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٦/١٠٧ .

(2) هذا من شروط الكتابة وهو أن يكون العوض المذكور منطوقاً به وهو معلوم فلو كان مجهولاً لم تصح . شرح الأزهار ٣/٥٩٥ .

(3) إذا لم يكن العوض معلوماً أو كان مما لا يصح تملكه كالخمر والخنزير أو لم يذكر التأجيل أو التنجيم فسدت الكتابة . المصدر السابق .

وأما ما ذكره [من] القبول في المجلس فالتراضي لا بد منه ، وهو المناط في ثبوت ذلك ولا يشترط المجلس بل لو رضي أحدهما بعد مدة والآخر باق على الرضا كان ذلك معاملة صحيحة وتصرفا شرعيا ، وأما اشتراط ذكر عوض له قيمة فوجهه أنه لا يوجد معنى الكتابة إلا بذلك وإلا لم تكن مكاتبة ، وهو معنى ما ذكره المصنف من البطلان ، وهكذا لا بد أن يكون مال الكتابة مما يصح تملكه ، فإن كان لا يصح تملكه فوجوده كعدمه وحينئذ لا تُوجد معنى الكتابة .

قوله : « مؤجل منجم لفظا » .

أقول : لم يثبت شيء مرفوع إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم في هذا ، وهو الحجة لا ما وقع من أفعال بعض الصحابة أو أقوالهم ، على أنهم يختلفون في ذلك ، فإنه أخرج الدارقطني [1] عن أبي سَعِيد المَقْبُرِيّ قال : « اشْتَرَتْنِي امْرَأَةٌ مِنْ بَنِي لَيْثٍ بِسُوقِ ذِي المَجَازِ بِسَبْعِمِائَةِ دِرْهَمٍ ثُمَّ قَدِمْتُ فَكَاتَبَتْنِي عَلَى أَرْبَعِينَ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَأَدَّيْتُ إِلَيْهَا عَامَّةَ المَالِ ثُمَّ حَمَلْتُ مَا بَقِيَ إِلَيْهَا فقُلتُ : هَذَا مَالُكِ فَاقْبِضِيهِ . فقالت : لاَ وَاللهِ حَتَّى أَقْبِضَهُ مِنْكَ شَهْراً بِشَهْرٍ وسَنَةً بِسَنَةٍ فَخَرَجْتُ بِهِ إلى عُمَرَ بنِ الخَطَّابِ فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُ فقال عُمَرُ ارْفَعْهُ إلى بَيْتِ المَالِ ، ثُمَّ بَعَثَ إِلَيْهَا : هَذَا مَالُكِ في بَيْتِ المَالِ ، وقَدْ عَتَقَ أَبُو سَعِيدٍ فَإِنْ شِئْتِ فَخُذِي شهراً بِشَهْرٍ وسنةً بِسَنَةٍ قال فَأَرْسَلَتْ فَأَخَذَتْهُ » وأخرجه أيضاً البيهقي ، وإذا عرفت عدم وجود دليل على لزوم التنجيم فلا يتم ما ذكره المصنف من الفساد ولا ما رتبه عليه .

فصل

ويَمْلِكُ بِهَا التَّصَرُّف كَالسَّفَرِ والبَيْعِ وإن شَرَطَ تَرْكَهُ لا التَّبرُّعَ كالنِّكاح والعِتْقِ والوَطْءِ بالمِلْكِ[2] وَلَهُ وَلاَءُ مَنْ كَاتَبَهُ إنْ عَتَقَ بَعْدَهُ وإلا فَلِسيِّدِهِ ، ويَرُدُّهُ في الرِّقِّ اخْتِيَارُه وَلاَ

(١) قال أبو بكر النيسابوري تعليقاً على الخبر عند البيهقي : هذا حديث حسن . السنن الكبرى للبيهقي ١٠/٣٣٤ . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٦/١٠٧ .

(٢) هذه أمور لا يملكها العبد . شرح الأزهار ٣/٥٩٧ .

وَفَاءَ عِنْدَهُ[1] ولَوْ كَسُوباً وعَجْزُه لاَ بِفِعْلِ السَّيدِ عَنْ الوَفَاءِ للأَجَلِ بَعْدَ إِمْهَالِهِ كالشُّفْعَةِ ، فَيَطِيبُ مَا قَدْ سَلَّمَ إلا مَا أَخَذَهُ عَنْ حَقٍّ فَلأَهْلِه ، ويصِحّ بَيْعَه إلى مَنْ يَعْتِقُه بِرِضَاه وإنْ لم يُفْسَخْ[2] وإذا أُدخِلَ مَعَهُ غَيْرُه في عَقْدٍ لم يَعْتِقَا إلاَّ جَميعاً ، ولاَ يَعْتِقُ ما اشْتَرَاهُ مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْه لا بِعِتْقِهِ ولو بَعْد المَوْتِ بأَنْ خَلَّفَ الوَفَاءَ[3] أو أوفَى عَنْه ، وله كَسْبُه لا بَيْعُه[4] ومتَى أَسْلَمَ قِسْطاً صَارَ لِقَدْرِهِ حُكْمُ الحُرِّيَّةِ فيمَا يَتَبعّضُ مِن الأَحْكام حَيّاً وَمَيّتاً ، ويردّ ما أَخَذَ بالحُرِّية إنْ رَقّ ، ولا يَسْتَتِمّ إنْ عَتَقَ[5] ويَسْرِي كالتَّدْبِيرِ وتُوجِبُ الضَّمَانَ ويَسْتَبِدّ بِهِ الضَّامِنُ إنْ عَجَزَ ، ولَهَ قَبْلَ الوَفَاءِ حُكْم الحُرِّ مَوْقُوفاً غَالِباً .

قوله : « فصل : ويملك بها التصرف كالسفر والبيع وان شرط تركه » .

أقول : هذا يقتضيه عقد الكتابة فليس للسيد المنع منه ، وهكذا ليس له المنع من التبرع كالنكاح ، والعتق والوطء بالملك ، لأنه لم يبق للسيد إلا ما جعله عليه من المال ، فإن وفى به كان حرا ، وإن عجز عنه عاد عبدا ، وقد وقع منه ما وقع في وقت ملكه للتصرف فلا يمنع من شيء من ذلك ، وإن انتهى الحال إلى دخول نقص على السيد بما فعله العبد من التبرعات فهو فعل ذلك بإذن سيده له به بإيقاع المكاتبة له ، ولا ينافي هذا حديث[6] عمرو ابن شُعيب عن أبيه عن جده عند أحمد وأبي داود والترمذي وابن ماجه والحاكم وصححه « أنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « أَيُّمَا عَبْدٍ كُوتِبَ بِمِائَةِ أُوقِيَّـةٍ فَأَدَّاهَا إلاَّ عَشْرَ

---

(١) يرده في الرق أحد أمرين : الأول اختياره ولا وفاء عنده فإذا استقال من الكتابة جاز أن يرده في الرق بشرط أن يختار ذلك وليس عنده ما يوفي بمال الكتابة فإن كان معه ما يوفي أجبر على الأداء . الثاني أن يعجز عن الوفاء بما كوتب وكان العجز بغير فعل السيد . المصدر السابق .

(٢) يصح بيعه إلى من يعتقه برضاه وأن لم يفسخ عقد الكتابة . المصدر السابق .

(٣) خلف الوفاء بمال الكتابة .

(٤) إذا اشترى المكاتب أباه أو بعض أرحامه كان له قبل العتق كسبه وليس له بيعه .

(٥) لا يستتم ما كان يستحقه لو كان حراً ان عتق بعد الاستحقاق لأنه أخذ ما يستحقه يوم أخذه . المصدر السابق .

(٦) قال الترمذي تعليقاً على الحديث : غريب ... وقال الشافعي : ولم أجد أحدا روى هذا عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم إلا عمراً ولم أرَ من رضيت من أهل العلم يثبته وعلى هذا فتيا المفتيين . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٠٥ . مختصر السنن للمنذري ٥/٣٨٦ .

أُوقِيَّاتٍ فَهُو رَقِيقٌ » وفي لفظ لأبي[1] داود « المُكَاتَبُ رَقِيقٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ مُكَاتَبَتِهِ دِرْهَمٌ » وقد أثبت المصنف أن للمكاتب ولاء من كاتبه أن عتق بعده وهذا يدل على جواز تصرفاته قبل الوفاء بمال الكتابة بمثل هذا .

قوله : « ويرده في الرق اختياره » .

أقول : ليس ببعيد هذا بعد الدخول في الكتابة والتراضي عليها ، ولا وجه لقوله ولا وفاء عنده ، فإن الظاهر عدم الجواز مطلقا ، لأنه تلاعب بما قد تحقق فيه المناط الشرعي ، وهو التراضي ، وأما عجزه فظاهر لحديث عمرو بن شعيب المتقدم ، ولكونه لم يحصل بعد العجز ما هو معنى الكتابة ، وأما كونه يطيب ما قد سلم فوجهه أن العبد لا يملك ، وأما من [قال] إنه يملك فلا يطيب للسيد .

وأما قوله : « ويصح بيعه إلى من يعتقه برضاه » فهو أيضا نقض من جهة السيد لما وقع التراضي عليه فلا يحل ، ولا ينافي هذا حديث بَريرة ، وإعانة عائشة لها على تسليم ما كوتبت عليه لأن ذلك هو تسليم لمال الكتابة من الغير لا بيع من المكاتِب للمكاتَبِ إلى الغير ، لكنه ثبت في رواية في الصحيحين[2] أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لعائشة « ابْتَاعِي فَأَعْتِقِي فَإِنَّمَا الوَلَاء لِمَنْ أَعْتَقَ » فأفاد هذا جواز بيع المكاتب .

وأما قوله : « وإذا دخل المكاتب معه غيره لم يعتقا إلا جميعاً » فوجهه ظاهر لأنه رضي لنفسه بذلك .

وأما قوله : « ولا يعتق ما اشتراه ممن يعتق عليه إلا بعتقه » فوجهه أنه لا يملكه ملكا

---

(١) لفظ المنتقي والسنن : « المكاتب عبد » ... وقال المنذري قد تقدم الكلام على عمرو بن شعيب يعني في روايته عن أبيه عن جده ... وقد سبق استيفاء هذا الكلام . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٠٥ . مختصر السنن للمنذري ٥/٣٨٣ .

(٢) العبارة من حديث عائشة المتفق عليه ولفظه أن بريرة جاءت تستعينها ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً ... فقالت عائشة : إرجعي إلى أهلك فإن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك وسيكون ولاؤك لي فعلت ... فذكرت ذلك بريرة لأهلها ... فأبوا وقالوا : ان شاءت ان تحتسب عليك فلتفعل ويكون ولاؤك لنا ... فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال لها صلى الله عليه وسلم : « ابتاعي فاعتقي فإنما الولاء لمن أعتق » . مختصر السنن للمنذري ٥/٣٩١ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٠٣ .

مستقرا إلا بذلك .

قوله : « ومتى سلّم قسطا صار له حكم الحرية الخ » .

أقول : استدل القائلون بهذا التبعيض بما أخرجه أحمد وأبو داود(١) والنسائي والترمذي بإسناد رجاله ثقات من حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال « يُؤَدِّي المُكَاتَبُ بِحِصَّةِ مَا أَدَّى دِيَةَ الحُرِّ وَمَا بَقِيَ دِيَةَ العَبْدِ » وبما أخرجه أحمد وأبو داود(٢) ومن حديث علي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم « يُؤَدِّي المُكَاتَبُ بِقَدْرِ مَا أَدَّى » وأخرجه البيهقي(٣) أيضا من طرق فقد أثبت الشارع للمكاتب التبعض في هذا الحكم فيلحق به غيره مما يمكن تبعضه ولا ينافي هذا ما تقدم من قوله (٤) صلى الله عليه وآله وسلم « المُكَاتَبُ رَقِيقٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ » وقوله(٥) « أَيُّمَا عَبْدٍ كُوتِبَ بِمِائَةِ أُوقِيَّةٍ فَأَدَّاهَا إِلاَّ عَشْرَ أُوقِيَّاتٍ فَهُوَ رَقِيقٌ » فان هذا إنما هو باعتبار أنه لا يصير حرا خالصا إلا بالوفاء ، وليس في حديثي التبعض إلا إثبات حكم الكتابة له قبل الوفاء ، لا إثبات أحكام الحر الخالص فلا معارضة بين الأحاديث .

وأما قوله : « ويرد ما أخذ بالحرية إن رق » فوجهه ظاهر لأنه انكشف بطلان ذلك المقتضى ، ووجود المانع ولكن كان مقتضى هذا أنه سيتم إن عتق اعتبارا بالانتهاء في الموضعين ، ولا وجه للحكم عليه بأنه يرد إن رق مع الحكم عليه بأنه لا يستتم إن رق لأنه تغليط عليه فيما هو عليه وتخفيف فيما هو له بلا فارق من رواية ولا دراية .

وأما قوله : « ويسري ويوجب الضمان » فالكلام هنا كما قدمنا في التدبير فليرجع إليه .

---

(١) الحديث سكت عنه أبو داود والمنذري وهو عند النسائي مسند ومرسل ورجال إسناده عند أبي داود ثقات ... ولفظ أبي داود : « قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في دية المكاتب فيؤدي ما أدى مكاتبته دية الحر وما بقي ديه المملوك . » .
المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٠٥ . مختصر السنن ٦/٣٧٣

(٢) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/١٠٥ . مختصر السنن ٦/٣٧٤ .

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ١٠/٣٣١ .

(٤) تقدم ذكر الحديث في أول الفصل .

(٥) تقدم ذكر الحديث في أول الفصل .

ـــ وأما قوله : « وله قبل الوفاء حكم الحر » فليس بصواب بل الحق ما قدمنا بأن له قبل الوفاء حكما بين حكمي الحر والعبد إلا في رجوعه في الرق إذا عجز فإن له في ذلك حكم العبد .

باب الولاء

إنَّما يَثْبتُ وَلاءُ المُوَالاَةِ لِمُكَلَّف ذَكَرٍ حُرٌ مُسْلم عَلَى حَرْبيّ أَسْلَم على يَدِهِ وإلا فَلبَيْتِ المَالِ حَتَّى يَكْمُلَ[١] وولى العَتَاق يَثْبُت للمُعْتِق ولَو بِعَوَضٍ أَوْ سِرَايةٍ[٢] أَصْلاً عَلَى مَنْ أَعْتَقهُ وجَرّاً عَلَى مَنْ أَعْتَقَهُ عتيقه أو وَلَدُه ولاَ أَخصّ مِنْه ، ولا يُبَاع ولا يُوهَبُ ويلَغُو شَرْطُه لِلْبَائِع ولا يُعَصِّبُ فِيهِ ذَكَرٌ أُنْثَى ، ويُورَثُ ويَصِحّ بَيْن المِلَلِ المُخْتَلِفَة لاَ التَّوَارُث حتَّى يَتفِقُوا وأَنْ يكونَ كلُّ مَوْلَى لصَاحِبِه ، وأن يَشْتَرِكَ فِيه والأَولُ عَلَى الرؤوسِ والآخَرُ علَى الحِصَصِ[٣] ومَنْ مَاتَ فَنَصِيبُهُ في الأَوّل لِشَرِيكهِ وفي الآخرِ لِلْوَارِثِ (غالبا) .

قوله : « باب الولاء إنما يثبت ولاء الموالاة لمكلف ذكر حر » .

أقول : استدل على اثبات التوارث بولاء الموالاة بما أخرجه أحمد[٤] وأبو داود والترمذي وابن ماجه عن قَبِيصَةَ بن ذُؤَيْبٍ عن تَمِيم الدَّارِيّ قال « سألتُ رسُولَ الله صلى الله عليه وآله وسلم : ما السُّنَّةُ في الرَّجُلِ مِنْ أَهْلِ الشِّرْكِ يُسْلِمُ عَلَى يَدِ رَجُلٍ مِنَ المُسْلِمِينَ ؟ قال : هُوَ أَوْلَى النَّاسِ بِمَحْيَاهُ وَمَماتِهِ » قال الترمذي[٥] « لا تعرفه إلا من حديث عَبدالله بن وَهْب ويُقَال ابن مَوْهَب عَنْ تَمِيمٍ الدَّارِيّ وقد أدخل بعضهم بين عبدالله بن

---

(١) الكمال المقصود لصاحب الولاء فإن كان الداعي إلى الإسلام صغيراً أو مجنوناً وأسلم على يديه حربي لم يثبت له ولاء حتى يبلغ الصغير ويعقل المجنون ... وإن كان عبداً لم يثبت له الولاء حتى يعتق .... وهكذا . شرح الأزهار ٣/٦٠٥ .

(٢) نحو أن يعتق نصيبه فيسرى .

(٣) الأول وهو ولاء الموالاة يكون على عدد الرؤوس ... والآخر وهو العتاق يقسم بينهم على قدر الحصص . المصدر السابق .

(٤) علق صاحب المنتقي على الحديث بقوله : وهو مرسل : قبيصة لم يلق تميماً الداري وابن ماجه روى الحديث من طريق عبدالله بن وهب . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٧٣ . مختصر السنن ٤/١٨٤ . سنن ابن ماجه ٢/٩١٩ .

(٥) عبارة الترمذي نقلاً عن الخطابي ... وقد وقع في العبارة اضطراب في المخطوطة وقد صححناها بالرجوع إلى مختصر وشرح وتهذيب السنن ٤/١٨٥ .

موهب [وبين] تميم الدَّارِي قَبِيصَةَ بن ذُؤَيبٍ وهو عندي لَيْسَ بِمُتَّصِلٍ » انتهى وقال الشافعي[1] في هذا الحديث : « لَيْس بِثَابِتٍ إنما يَرْويه عَبْد العزيز بن عُمر عن ابن وَهْب عن تَمِيم الداريّ وابن مَوْهَب ليسَ بالمَعْروف عِنْدنَا ولا نَعْلمه لقِيَ تَميماً ، ومِثْلُ هذا لاَ يَثْبُتُ عِنْدنَا ولا عِنْدَكَ مِنْ قِبَلِ أَنَّه مَجْهُولٌ ولاَ أَعْلَمُه مُتَّصِلاً » وقال[2] الخطابي ضعف أحمد بن حنبل حديث تميم الداري وقال عبد العزيز ـ رواية ـ ليس هو مِنْ أَهْل الحِفْظِ والإِتْقان » وقال البخاري في الصحيح[3] « واختَلفُوا في صِحّة هَذَا الخَبَرِ » وقال أبو مسهر عبد العزيز [بن] عُمر بن عبد العزيز ضعيف الحديث انتهى وأقول عبد العزيز من رجال الصَّحيحين وقد قال يحيى بن معين « إنه ثقة » وعبدالله بن وَهْب وثّقه الفَسَوي[4] وقال في التقريب ثقة ، ولكن لم يسمع من تميم فلا يتم ما قاله الشافعي من أنه مجهول ولكن علة الحديث أن قبيصة لم يلق تميما ولا يعارض هذا ما أخرجه أحمد وأبو داود[5] والنسائي وابن ماجه والحاكم وابن حبان وصححاه وحسنه أبو زُرعة الرازي من حديث المِقْدَام بن مَعْدِي كَرب عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « مَنْ تَرَكَ مَالاً فَلِوَرَثَتِهِ وَأَنَا وَارِثُ مَنْ لاَ وَارِثَ لَهُ أَعْقِلُ عَنْهُ وأَرِثُ » لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أثبت أنه وارث من لا وارث له ومولى الموالاة وارث بالحديث المتقدم عنه صلى الله عليه وآله وسلم فهو أقدم من بيت المال وتؤيد هذا ما أخرجه أحمد[6] والترمذي وحسنه وابن ماجه عن عمر بن الخطاب أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « واللهُ ورَسُولُه مَوْلَى مَنْ لاَ مَوْلَى لَهُ والْخَالُ وَارِثُ مَنْ لاَ وَارِث لَهُ » ولا يعارض الحديث المذكور أيضا

---

(١) صححت العبارة بعد الرجوع إليها في مختصر السنن وكان الاضطراب فيها أشد من الأولى . مختصر وشرح وتهذيب السنن ٤/١٨٥ .

(٢) يراجع مختصر وشرح وتهذيب السنن ٤/١٨٦ .

(٣) الصحيح بشرح الفتح ١٢/٤٥ .

(٤) الفسوي : يعقوب بن سفيان الفسوي أبو يوسف الفارسي الحافظ روى عنه الترمذي والنسائي مات عام ٢٧٧ هجرية .

(٥) تمام الحديث كما في المنتقى : « والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه » . سنن ابن ماجة ٨٠٧ . ٢/٩٠٥ . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٦/٧١ . مختصر السنن ٤/١٦٩ .

(٦) الحديث رواه أبو أمامة بن سهل : « أن رجلاً رمى رجلاً بسهم فقتله وليس له وارث إلا خال ... فكتب في ذلك أبو عبيدة بن الجراح إلى عمر فكتب عمر ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « الحديث » . سنن ابن ماجه ٢/٩١٤ . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٦/٧١ .

ما أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي [(١)] وحسنه وابن ماجه من حديث عائشة « أَنَّ مَوْلَى لِلنَّبِيّ صَلَى الله عليه وآله وسلم خَرَّ مِنْ عَذْقٍ نَخْلَةٍ فَمَاتَ فَأُتِيَ بِهِ النَّبِيّ صلى الله عليه وآله وسلم فقال : لَهُ مِنْ نَسِيبٍ أَوْ رَحِمٍ ؟ قالوا : لا قال : أَعْطُوا مِيرَاثَهُ بَعْضَ أَهْلِ قَرْيَتِهِ » لأن هذا منه صلى الله عليه وآله وسلم من باب الصرف لما هو أولى به وذلك جائز وهكذا يحمل على الصرف ما أخرجه أحمد وأبو داود [(٢)] والنسائي من حديث بُرَيْدَةَ قال : تُوفِّيَ رَجُلٌ مِنَ الأَزْدِ فَلَمْ يَدَعْ وَارِثاً فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « ادْفَعُوهُ إِلَىَ أَكْبَرِ خُزَاعَةَ » وفي إسناده جبريل بن أحمر [(٣)] قال النسائي منكر الحديث وقال أبو زرعة الرازي شيخ وقال يحيى بن معين كوفي ثقة وبهذا تعرف أنه لا معارضة بين هذه الأحاديث وإن زعم ذلك بعض أهل العلم ولا وجه لاشتراط الذكوره لأن المرأة من جملة من يتعلق به أحكام الشرع إلا ما خصها منه دليل ولا يصلح لذلك ما في حديث تميم من قوله [(٤)] « مَا السّنَةُ في الرَّجُلِ مِنْ أَهْلِ الشِّرْكِ يُسْلِمُ عَلَىَ يَدِ رَجُلٍ مِنَ المُسْلِمِينَ » فإن ذكر الرجل خارج مخرج الغالب كما في سائر الخطابات الشرعية وأما اشتراط الحرية والاسلام فصحيح لأن الرق والكفر من موانع الأرث .

وأما قوله : « وإلا فلبيت المال حتى يكمل » فمبني على أنه لا حق لغير المكلف في ولاء الموالاة ، وفيه نظر وعلى التسليم فلا وجه لانتظار حصول شرط لم يكن حاصلا في الحال ، سواء كان بلوغ الصبي أو حرية العبد أو إسلام الكافر .

---

(١) العذق : النخلة . سنن ابن ماجه ٢/٩١٢ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٧٣ . مختصر وشرح وتهذيب السنن ٤/١٧٢ .

(٢) لفظ أبي داود : « أتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم رجل فقال : ان عندي ميراث رجل من الأزد ولست أجد أزديا أدفعه إليه ... قال : فاذهب فالتمس أزدياً حولا ... قال : فأتاه بعد الحول فقال ـ يا رسول الله لم أجد أزديا أدفعه إليه . قال : فانطلق فانظر أول خزاعي تلقاه فادفعه إليه . فلما ولي قال علي الرجل فلما جاء قال : انظر كبر خزاعة فادفعه له » .

أخرجه النسائي مسنداً ومرسلاً ... وقال : جبريل بن أحمر : ليس بالقوي والحديث منكر ... وخزاعة حي من الأزد سموا بذلك لأن الأزد لما خرجوا من مكة ليتفرقوا في البلاد تخلفت عنهم خزاعة وأقامت بها . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٧٣ . مختصر السنن ٤/١٧٤ .

(٣) الميزان ١/٣٨٨ .

(٤) الحديث الذي أورده المصنف في أول الباب .

قوله : « وولاء العتاق يثبت للمعتق الخ » .

أقول : هذا ثابت بالأدلة الصحيحة المتواترة ، وبالإجماع الصحيح ، ولم يقل أحد شيء يخالف ذلك وأما دعوى العتيق إذالم يخلّف سيدُه وارثا يرثه فمن أعجب ما يقرع الأسماع مع كونها مخالفة للإجماع ، وأما الاستدلال لهذه الدعوى الداحضة بمثل حديث[1] « الوَلاَءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ » فقد بينه عنه النبي صلى الله عليه وآله وسلم بقوله « لاَ يُبَاعُ وَلاَ يُوهَبُ » فإن هذا هو المراد بالتشبيه على أنه لا مُلجيء للجواب على هذا ، لأن المراد به أن هذه الوصلة والوسيلة بالولاء لاحقة بالنسب فيما أثبته الشرع لها ، ونفاه عنها ، فما الدليل على أن الميراث من جملة ذلك ، وبهذا تعرف أن الاستدلال بهذا الحديث مصادرة عن المطلوب ، وهكذا الاستدلال بحديث[2] « مَوْلَى القَوْمِ مِنْهُمْ » فإنه منهم فيما أثبته له الشرع من الأحكام ، وأما ما روى[3] « أَنَّ رَجُلاً مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَارِثاً إِلاَّ غُلاَماً كَانَ أَعْتَقه فَجَعَل النبيُّ صلى الله عليه وآله وسلم مِيرَاثَهُ لِلْغُلاَمِ » أخرجه أحمد وأبو داود وحسنه وابن ماجه من حديث ابن عباس وفي إسناده عَوْسَجَةُ مولى[4] ابن عباس وفيه مقال ، فإن هذا ظاهر في أن الغلام هو الذي أعتق وعلى تقدير الاحتمال ، فلا حجة في المحتمل ، وعلى كل حال فللصرف في عتيق من لا وارث له مدخل في ذلك لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم إذا كان هو وارث من لا وارث له [له] نوع أخصية بصرف ميراثه أو بعضه فيه .

وأما قوله : « ولو بعوض أو سراية » فظاهر وهكذا قوله : « أصلا على من أعتقه » الخ .

وأما قوله : « لا يباع ولا يوهب » فللحديث المتقدم ، وهو في الصّحيح ، ووجه قوله : « ويلغو شرطه للبائع » أن ذلك يستلزم رفع موجب البيع وقد ثبت أن الولاء لمن أعتق ، ولا يكون العتق إلا من مالك .

---

(١) الحديث عن عبدالله بن عمر عند الحاكم وابن حبان وصححه والبيهقي وأعله . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٧٨ .

(٢) الجامع الصغير بشرح فيض القدير ٦/٢٤٧ .

(٣) المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٧٣ . المختصر ٤/١٧٥ .

(٤) عوسجة : مولى ابن عباس يروي عن ابن عباس قال البخاري : لم يصح حديثه . وقال ابن عدى : عند أبي عيينة عن عمرو ابن دينار عن عوسجة عن ابن عباس أحاديث وأشار في الميزان إلى أن منها هذا الحديث الذي أورده المصنف . الميزان ٣/٣٠٤ .

قوله : « ولا يعصب فيه ذكر أنثى » .

أقول : ينبغي أن ينظر في دليل هذه الكلية ، فإنه إذا قد ثبت الإرث به كان له أحكامه ، ومن أحكامه أنه يعصب فيه الذكر الأنثى ، ولم يثبت في ذلك ما تقوم به الحجة ، وأما قول بعض الصحابة فلا يصلح للاحتجاج به ، ولا يخصص ما تقتضيه الأدلة الواردة على ما تقتضيه قواعد الميراث .

أما قوله : « ويورث به ولا يورث » فمعنى إثبات الارث به ظاهر ، ومعنى كونه لا يورث أنه يستحقه الأعلى درجة كما لو خلف رجل ولدين وقد كان أعتق عبداً فمات أحد الولدين ، وخلف ولداً ، ثم مات العتيق ، فإن ميراثه لأبن المُعتق دون ابن ابنه الآخر ، وهذا لا مستند له إلا ما روى أحمد في[1] المسند عن عُمر وعثمان وعلى وزيد بن ثابت وابن مسعود أنهم قالوا : « الوَلاَءَ لِلْكُبَرِ » ولكن الأولى الرجوع الى ما ثبت مرفوعا فهو الحجة ، وهو ما أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه وصححه ابن المديني وابن عبد البر عن عمر بن[2] الخطاب أنه تخاصم إليه جماعة في مثل هذا فقال : « أَقْضِي بَيْنَكُم بِمَا سَمِعْت [من] رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم [سمعته يقول] : مَا أَحْرَزَ الوَالِدُ أَوْ الوَلَدُ فَهُوَ لِعَصَبَتِهِ مَنْ كَانَ »» .

وأما قوله : « ويصح بين الملل المختلفة » فهو مبني على ما تقدم من صحة إيقاع العتق من الكافر ، وقد قدمنا ما فيه ، وأما كونه لا توارث بهذا الولاء حتى يتفقوا في الملة فظاهر للأحاديث المصرحة بأنه لا توارث بين أهل ملتين مختلفتين ، وهكذا يصح أن يكون كل

---

(١) قال أحمد في رواية ابنه صالح : « حديث عمر عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم : « ما أحرز الوالد والولد فهو لعصبته من كان » هكذا يرويه عمر وشعيب ... وقد روي عن عمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت وابن مسعود أنهم قالوا : « الولاء للكبر » فهذا الذي نذهب إليه وهو قول أكثر الناس فيما بلغنا » . المنتقى بشرح نيل الأوطار ٦/٨٠ .

(٢) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « تزوج رباب بن حذيفة بن سعيد بن سهم أم وائل بنت معمر الجمحية فولدت له ثلاثة فتوفيت أمهم فورثها بنوها رباعها وولاء مواليها فخرج بهم عمرو بن العاص معه إلى الشام فماتوا في طاعون عمواس فورثهم عمرو وكان عصبتهم ... فلما رجع عمرو وجاء بنو معمر بن حبيب يخاصمونه في ولاء اختهم إلى عمر بن الخطاب فقال : اقضى ..... الخ . سنن ابن ماجه ٢/١٩٢ . المنتقي بشرح نيل الأوطار ٦/٨٠ .

واحد مولى للآخر كما لو أعتق الرجل عبدا ، ثم لحق الرجل بدار الحرب ، فسباه عبده الذي هو عتيق له فأعتقه ، وهكذا يصح أن يشترك فيه الجماعة ، وذلك بأن يشترك في عبد جماعة فيعتقونه ، أو يسلم الكافر على يد جماعة ، ويكون ولاء العتاق على قدر الحصص ، وولاء الموالاة على الرؤوس لأن لكل واحد منهم حقا يساوي حق الآخر .

وأما قوله : « ومن مات فنصيبه » الخ فالظاهر استوٰ ولاء العتاق ، وولاء الموالاة في أن نصيب كل واحد منهم لورثته ، لا لشريكه ، كما تقتضيه أدلة الميراث على العموم ، ولا وجه للفرق بين الولائين إلا مجرد الرجوع إلى رأي ، وقد قدمنا الكلام على قوله « ولا يورث » .

تم بحمدالله الجزء الثالث ، ويليه الجزء الرابع
وأوله « كتاب الأيمان »

فهرس الجزء الثالث